

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DES
DROITS DE L'ÉPOUX COPROPRIÉTAIRE
DE BIENS INDIVIS

SOUS LES DIFFÉRENTS RÉGIMES MATRIMONIAUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 22 Décembre 1900, à 2 h. 1/2

PAR

CHARLES DUPONT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

ANCIEN ÉLÈVE DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE DES SCIENCES POLITIQUES

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547911_0054

THESE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
DROITS DE L'ÉPOUX COPROPRIÉTAIRE
DE BIENS INDIVIS

SOUS LES DIFFÉRENTS RÉGIMES MATRIMONIAUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

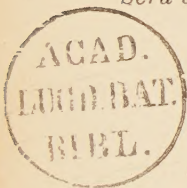
Sera soutenu le Samedi 22 Décembre 1900, à 2 heures 1/2

PAR

CHARLES DUPONT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

ANCIEN ÉLÈVE DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE DES SCIENCES POLITIQUES



Président : M. SALEILLES.

Suffragants : { MM. LÉON MICHEL. } *Professeurs.*
 WEISS, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

A MON PÈRE

A MA MÈRE

PREMIÈRE PARTIE

DE L'INDIVISION ET DU DROIT DE COPROPRIÉTÉ

CHAPITRE PREMIER

DE L'INDIVISION ET DU DROIT DE COPROPRIÉTÉ

SECTION I

I. — DÉFINITION ET SOURCES PRINCIPALES DE L'INDIVISION

Lorsque plusieurs personnes ont sur un même objet des droits identiques, qui se limitent réciproquement par leur concours, cet état de choses constitue l'indivision ou communauté que l'on peut définir : la situation qui existe « lorsque le droit de chaque propriétaire porte sur l'ensemble, et non sur une portion déterminée, de la chose commune » (1).

(1) M. Planiol, *Droit civil*. I, n° 4215.

L'indivision peut être volontaire ou involontaire (1).

Lorsqu'elle résulte de la convention des parties, comme dans le contrat d'association, elle établit entre les communistes une situation que les Romains désignaient sous le nom de *communio cum societate*.

L'indivision volontaire prend naissance par la mise en commun que font plusieurs personnes sans vouloir former une société. Pour constituer une société il ne suffit pas en effet d'une mise en commun, il faut, en outre, la volonté d'être en société, *affectio societatis*, et l'intention de réaliser des bénéfices et de les partager entre les associés, conditions que ne suppose pas toute mise en communauté : que deux personnes réunissent leurs capitaux pour acheter une propriété purement d'agrément, ou, selon l'exemple de Pothier, une voiture dont elles se serviront à tour de rôle, les conditions exigées pour qu'il y ait entre elles société ne seront pas remplies ; il y aura indivision.

L'indivision peut être involontaire ; elle porte alors le nom de *communio incidens*.

Cette situation dans laquelle plusieurs personnes se trouvent en dehors de toute manifestation de volonté peut résulter d'un simple fait auquel la loi fait produire des effets juridiques et même du hasard : ainsi, aux termes de l'article 716 Code civil, si un trésor est trouvé par hasard dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à l'inventeur et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds. Ce trésor constitue une propriété indivise.

Le fait d'un tiers peut aussi donner naissance à l'indivi-

(1) L'indivision peut aussi être forcée; elle est alors perpétuelle et par suite elle ne donne jamais lieu aux différentes questions que nous examinerons.

sion, lorsqu'il se manifeste sous forme de legs ou de donation d'une même chose à plusieurs personnes.

Enfin la loi est une source de *communio incidens*. C'est ce qui se produit lors de l'ouverture d'une succession au profit de plusieurs héritiers : chacun d'eux est saisi de la portion des biens qui lui est déférée par la loi, mais cette portion se trouve confondue avec celle des autres héritiers ; il y a indivision de la masse de l'hérédité.

II. — NATURE DE L'INDIVISION

Quelle est la nature juridique de l'indivision à laquelle des événements si divers peuvent donner naissance ? A cause du silence de la loi sur la nature des relations des copropriétaires, une certaine incertitude existe à ce sujet.

Pothier rangeait l'indivision parmi les quasi-contrats : « La communauté, dit-il, soit d'une universalité de choses, soit de choses particulières, qui est entre deux ou plusieurs personnes, sans qu'il y ait entre elles aucun contrat de société, ni aucune autre convention, est une espèce de quasi-contrat » (1).

Cette théorie ne nous paraît pas exacte. Le Code civil dans les articles 1371 à 1381 a formulé la théorie des quasi-contrats et énuméré les faits auxquels il reconnaît ce caractère ; l'indivision n'y est pas mentionnée et il semble impossible d'ajouter un quasi-contrat à cette énumération.

Le principe d'après lequel, dans notre droit, les con-

(1) Pothier, *Tr. quasi-contrat de Société*. En ce sens, Lyon-Caen et Renault. *Tr. dr. Commercial*, n° 120.

trats ne sont pas, comme en droit romain, limités à certaines conventions prévues et sanctionnés par la loi, est spécial aux contrats et ne peut être étendu aux quasi-contrats. Les conventions, provenant du consentement des parties, peuvent être formées comme celles-ci l'entendent et être aussi variées que les besoins l'exigent, pourvu qu'elles ne soient contraires ni aux lois ni aux bonnes mœurs : la source de l'obligation est alors la volonté et l'accord des parties.

Dans le quasi-contrat cet accord des parties n'existe pas ; la convention est étrangère à sa formation, puisque le quasi-contrat est classé parmi les engagements qui se forment sans convention : c'est la loi qui déclare une personne obligée en considération de certains faits.

De ce que c'est la loi qui donne naissance à cette obligation quasi-contractuelle, de ce que le consentement n'y a aucune part, il résulte qu'on ne peut pas déclarer une personne obligée de cette manière sans un texte formel : or nulle part nous ne voyons que le Code ait classé l'indivision parmi les quasi-contrats.

De plus, d'après la définition de l'article 1371 Code civil, le quasi-contrat résulte d'un fait qui doit s'être produit volontairement : la volonté d'accomplir ce fait est une des conditions essentielles de la formation d'obligations quasi-contractuelles. Or, si quelquefois l'indivision résulte d'une manifestation de volonté des copropriétaires, il arrive souvent qu'elle existe sans que cette volonté intervienne dans l'opération qui lui a donné naissance. Si deux personnes achètent une chose en commun, il y a entre elles une indivision volontaire ; au contraire entre l'inventeur d'un trésor et le propriétaire du fonds dans lequel ce trésor a été découvert il y a une communauté involontaire ; dans cette

dernière hypothèse en effet, la volonté d'aucun des communistes, n'a été mise en jeu, la découverte du trésor devant être, aux termes de l'article 716 Code civil, le pur effet du hasard. On ne pourrait donc pas dire, dans ce dernier cas, que l'indivision est un quasi-contrat, puisque la condition de volonté exigée par l'article 1371 Code civil, n'existe pas.

Il existe, il est vrai, deux espèces d'indivision, l'une volontaire et l'autre involontaire, mais toutes deux ont et doivent avoir la même nature juridique. Nous ne saurions reconnaître à l'indivision volontaire le caractère d'un quasi-contrat et à l'indivision involontaire une nature juridique différente : elle n'est dans aucun cas un quasi-contrat. Pothier d'ailleurs n'avait pas osé affirmer que tel fût le caractère de l'indivision ; il disait seulement « la communauté est une espèce de quasi-contrat ».

Quelle nature faut-il alors reconnaître à l'indivision ? Il est impossible de la considérer comme un contrat, car tout contrat exige la volonté des parties et une convention ; dans l'indivision il n'y a pas nécessairement le *duorum pluriumve in idem placitum consensus*, qui est un élément essentiel de la formation des contrats ; quelquefois même, ainsi que nous l'avons vu, l'indivision existe en l'absence de toute volonté d'être propriétaire par indivis. « La principale différence, disait Pothier, entre la Société et l'indivision, c'est que la Société est un contrat et que la communauté qui en résulte est formée par la volonté et le consentement des parties. Au contraire, cette espèce de communauté (l'indivision) n'est pas un contrat et elle se forme sans la volonté et le consentement des parties » (1).

(1) Pothier. 1^{er} Appendice du Contrat de Société. Du quasi-contrat de Société, n° 182.

L'indivision n'est qu'un état de fait pouvant provenir de différentes sources, voire même d'un contrat, et faisant naître des obligations à la charge des communistes.

C'est cette situation de fait qu'il faut distinguer avec soin du contrat de société, quoique Pothier n'ait trouvé entre l'indivision et la société, de différence qu'au point de vue de l'origine : « A ces différences près, dit-il, la Société et cette espèce de communauté conviennent entre elles » (1).

III. — DIFFÉRENCES ENTRE L'INDIVISION ET LA SOCIÉTÉ

Entre les communistes il se forme un certain ordre de relations d'où résultent respectivement des droits et obligations semblables, sous plusieurs rapports, aux droits et aux obligations que la société engendre entre les associés. C'est en considérant cet ordre de relations que l'on a quelquefois appelé la communauté du nom de quasi-société, et les communistes du nom de quasi-associés ; ce sont même les termes dont Pothier se sert toujours dans son traité du quasi-contrat de communauté.

Mais il est essentiel de se tenir en garde contre cette assimilation et de ne pas oublier les différences qui existent entre la société et l'indivision.

La société forme entre les associés une sorte d'être de raison ; elle oblige chacun d'eux à travailler pour le compte de la société et à ne point sacrifier l'intérêt collectif à son intérêt individuel (articles 1848 et 1849, C. civ.). L'indivision, au contraire, est un état purement passif qui

(1) Pothier. *Du quasi-contrat de Société*, n° 184.

ne constitue aucune individualité : les copropriétaires ne sont unis, en quelque sorte, que par la chose elle-même, *in re ipsa* (1) ; ils ont chacun un droit de propriété, *ut singuli*, et dès lors chacun d'eux peut, de son côté, agir dans son intérêt individuel.

Réaliser des bénéfices pour les partager ensuite entre les associés, tel est, aux termes de l'article 1832 du Code civil, le but principal de toute société. La communauté au contraire n'implique par elle-même aucune action, aucune spéculation, aucune espérance collective (2).

Domat signale une autre différence. « Ce n'est pas assez, dit-il, pour former une société, que deux ou plusieurs personnes aient quelque chose de commun entre elles, comme les cohéritiers d'une même succession, légataires, donataires ou acquéreurs d'une même chose. Car ces manières d'avoir quelque chose de commun entre plusieurs ne renfermant pas le choix réciproque des personnes ne les lient pas en société ; si deux ou plusieurs personnes, voulant acheter une même chose, conviennent, pour ne pas enchérir, de l'acheter tous ensemble ou par l'un d'eux ou par une personne tierce, cette convention leur rend commune la chose achetée, mais ne les lie point en société, car ils ne sont pas liés par le choix réciproque des personnes, mais seulement par la chose qu'ils ont en commun » (3).

Le choix des personnes a dans la société une importance qui est étrangère à l'état d'indivision.

(1) Demolombe. *Successions*, III, n° 476.

(2) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, n° 120.

(3) Domat. *Lois Civiles*. L. 1. t. VII. n° 2. — En sens inverse. Cass. 14 juillet 1824. S. 1825. 1. 397.

La société et la communauté diffèrent encore par leur origine. La société ne peut résulter que du concours des volontés de plusieurs personnes, jamais du hasard, comme la découverte d'un trésor, ni de la libéralité d'un tiers, comme un legs d'une même chose au profit de plusieurs légataires. La société est toujours un contrat qui a pour caractères d'être à titre onéreux, synallagmatique et commutatif. Le lien qui unit les communistes n'est au contraire presque jamais un lien contractuel : il résulte d'une situation de fait.

L'associé, agissant au nom de la société, engage de plein droit tous ses coassociés, à moins qu'il n'ait fait un acte interdit ou dépassant les limites de la simple administration. Dans l'indivision, au contraire, chaque communiste ne représente pas les autres copropriétaires et ne peut engager que lui-même, à moins d'un mandat spécial. « La disposition du premier alinéa de l'article 1859 du Code civil, disent MM. Aubry et Rau, d'après lequel les associés sont censés s'être donné respectivement mandat pour l'administration des affaires sociales, ne s'applique pas aux communautés formées *sine affectu societatis* » (1). Cependant, pour le cas spécial d'une indivision créée par l'ouverture d'une succession, la jurisprudence a quelquefois décidé que jusqu'au partage de la succession, chaque héritier est censé le mandataire de tous ses cohéritiers dans les divers actes qu'il fait pour conserver les droits dépendant de cette succession (2).

La Cour de cassation a même été jusqu'à dire, « qu'il est de principe que les cohéritiers sont censés avoir res-

(1) Aubry et Rau. *Cours de Droit civ. fr.* t. II. p. 407. note 9.

(2) Toulouse, 4 mars 1867. D. 67. 2. 61.

pectivement mandat les uns des autres pour la chose commune » (1).

Nous ne saurions approuver une doctrine qui pose un principe aussi absolu, car la règle générale, en matière d'indivision, est qu'aucun des communistes ne peut sur les biens indivis, obliger les autres sans leur consentement; entre copropriétaires il n'existe pas de mandat véritable avec toutes ses conséquences, mais les actes utiles faits par l'un d'eux, en administrant les biens communs, profitant à tous, il peut y avoir lieu à des redditions de compte, comme s'il y avait eu mandat (2).

L'association, grâce au groupement des forces des individus, permet de produire davantage et à meilleur marché; elle constitue un puissant instrument de travail, sans lequel de nombreuses entreprises seraient irréalisables; elle aide ainsi au développement de la fortune publique: l'intérêt économique d'un pays exige que des sociétés se forment pour entreprendre tout travail pour lequel l'effort individuel est impuissant. Aussi le Code permet-il d'établir une société pour une durée quelconque.

L'indivision, au contraire, loin d'augmenter la richesse, ne fait qu'en retarder l'accroissement par l'immobilisation de certains capitaux qu'elle rend improductifs. C'est pourquoy la loi ne permet de la prolonger que pour cinq ans, sauf renouvellement de la convention qui a fixé la durée de la communauté (art. 815, C. civ.).

Aux termes de l'article 1865 Code civil, la société, à moins de convention contraire, est dissoute par la mort d'un des associés; c'est en effet un contrat pour la con-

(1) Cass. Req. 14 juillet 1838. D. 38. 1. 324.

(2) Cass. Civ. 16 décembre 1851. D. 52. 1. 13.

clusion duquel la personne de chacune des parties est prise en considération à cause du talent et de l'expérience de chacun des futurs associés ; par la mort d'un des membres le bon fonctionnement de la société peut être compromis. L'indivision existant, au contraire, le plus souvent entre personnes qui ne se sont pas choisies, au décès d'un communiste, ses héritiers prennent sa place de plein droit et succèdent à sa quote-part sans qu'il en résulte la nécessité d'un partage immédiat.

A côté de ces différences il convient de signaler quelques points de ressemblance entre la société et l'indivision : toutes deux supposent des personnes ayant des intérêts communs ; toutes deux finissent par la liquidation des droits de leurs membres et le partage de la chose commune.

SECTION II

I. — DU DROIT DE COPROPRIÉTÉ

Le caractère d'une chose commune est d'appartenir à plusieurs, de telle sorte que chacun n'ait qu'une propriété restreinte par le droit rival des autres. Cette propriété commune porte le nom de copropriété, définie par MM. Aubry et Rau : « le droit de propriété compétant à plusieurs personnes sur une seule et même chose qui n'appartient ainsi à chacune d'elles que pour une quote-part idéale et abstraite » (1).

(1) Aubry et Rau. *Op. cit.* t. II, § 221, p. 404.

La copropriété ne doit pas être confondue avec la propriété afférente à plusieurs personnes sur des parties divisées d'une même chose ; ces parts divisées constituent des propriétés individuelles sur lesquelles chaque propriétaire a un droit absolu et exclusif.

Elle diffère également de la propriété qui est démembreée au profit de plusieurs personnes ayant sur une même chose des droits différents. Il faut en effet distinguer le cas où une chose appartient indivisément à plusieurs personnes et celui où, la propriété appartenant à l'une d'elles, les autres n'ont sur la chose qu'un de ses démembrements, usufruit, usage, servitude, emphytéose, superficie, hypothèque ; ainsi, il n'y a pas indivision entre le nu-propriétaire et l'usufruit : chacun a une propriété distincte et indépendante de l'autre (1).

Enfin la copropriété se distingue de l'état des biens qui appartiennent à des groupes de personnes considérés, par une fiction juridique, comme des individualités ; la propriété des personnes morales n'est pas différente de la propriété individuelle.

La copropriété suppose un bien indivis sur lequel plusieurs personnes ont des droits de même nature. Pendant toute la durée de l'indivision, les communistes sont tous conjointement copropriétaires de tous les biens meubles et immeubles qui composent la masse commune : chacun d'eux est propriétaire du tout pour une part indivise, mais aucun n'est propriétaire unique d'une partie physiquement déterminée : aucun n'a la propriété spéciale et exclusive de tel ou tel bien.

Le droit de copropriété de chacun des communistes

(1) Laurent, *Droit civil*. t. X. n° 212.

n'existe que pour des parts abstraites, concevables seulement par l'intelligence et non pour des parts corporelles : « *plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione rerum obtinent* », dit Papinien (1).

La copropriété donne droit à toutes les parties de la chose indivise. C'est un de ses caractères essentiels de porter sur chacune d'elles, mais c'est aussi un de ses caractères d'y rencontrer-toujours un droit de même nature qui la limite et est à son tour limité par elle : « *in quolibet cespite halent partem, quæ est confusa per totum fundum ; pars pro indiviso est velut anima tota in toto et tota in qualibet parte* » (2).

La copropriété confère la propriété, l'usage et la jouissance des biens indivis, mais sous certaines conditions.

II. — DROITS DES COPROPRIÉTAIRES SUR LES BIENS INDIVIS

« Les droits des copropriétaires par indivis, dit M. Laurent, ne sont pas les mêmes que ceux d'un propriétaire exclusif. Ce qui caractérise la propriété c'est que le maître en use et en dispose avec un pouvoir absolu. Il ne peut être question d'un pouvoir absolu lorsqu'il y a plusieurs copropriétaires » (3).

« Propre et commun, dit Pothier, sont les deux contradictoires ».

Chaque communiste est propriétaire de sa quote-part

(1) Digeste. L. XXXI. t. I. loi 66. par. 2.

(2) Cujas. Commentaire sur la loi 25. Fam. etc.

(3) Laurent *Op. cit.* t. X. n° 212.

idéale ; il en a la libre disposition : il peut l'engager, l'hypothéquer, mais ses créanciers ne peuvent pas la mettre en vente (art. 2205 C. civ.). Tant que dure l'indivision, les biens indivis ne sont à la disposition entière et exclusive d'aucun des copropriétaires ; aucun d'eux ne peut exercer, sans le concours de ses consorts, son droit ni sur tous les biens indivis, ni sur une portion de ces biens correspondant à la quotité de son droit de copropriété, car une portion de chaque chose lui échappe et cette portion est tellement immatérielle qu'aucune séparation, aucune délimitation ne peut être faite. Entre les droits de tous les copropriétaires, il existe une rivalité telle qu'il n'est pas possible d'imaginer de fractionnement pouvant mettre obstacle au concours de tous ces droits sur une même parcelle.

A cause de ce concours, les actes de disposition de nature à ne pouvoir être exercés que sur une portion matérielle de la chose commune sont interdits au copropriétaire. Celui qui n'a qu'un droit de copropriété ne pouvant se dire maître exclusif d'aucune partie des biens indivis, tout changement qu'il apporterait à une partie divise de ces biens constituerait forcément un acte de disposition de la chose d'autrui. C'est pourquoi aucun des communistes ne peut faire d'innovations sur les biens indivis sans le consentement de ses consorts ; le droit de chacun des copropriétaires limitant celui des autres, il faut appliquer la règle : *in pari causa melior est causa prohibentis*. Ces changements ne peuvent être opérés par un seul des coindivisaires, sans l'assentiment des autres, alors même que les travaux projetés devraient augmenter la valeur des biens indivis. Un communiste n'a pas le droit en effet de contraindre ses consorts à accepter des travaux dont ils ne veulent peut-être pas et à souffrir que l'on modifie un bien qu'ils

désirent conserver tel qu'il est : il ne peut empiéter sur le droit des autres en se comportant en maître unique d'une chose qui appartient à plusieurs personnes.

Chaque copropriétaire peut jouir des biens indivis conformément à leur destination, mais là encore son droit est limité : il n'est autorisé à exercer son droit de jouissance qu'à charge de ne pas empêcher ses consorts de jouir, selon leurs droits, de la chose commune (1). Aucun des communistes ne pouvant se dire propriétaire d'une part divise, quelque minime qu'en soit l'importance, il s'ensuit que nul n'a le droit de cultiver une semblable partie pour s'en attribuer les produits, à moins de convention particulière entre les intéressés. Le *jus fruendi* confère seulement à chaque communiste le droit de prendre une quote-part dans ce que le fonds est capable de produire.

Outre les droits de disposer et de jouir, le droit de copropriété comprend le droit d'user. « C'est un principe général, dit Pothier, que la communauté d'une chose donne à chacun de ceux à qui elle appartient en commun le droit de s'en servir pour les usages auxquels elle est par sa nature destinée, avec ce tempérament néanmoins qu'il en doit user en bon père de famille et de manière qu'il ne cause aucun préjudice à ceux avec qui la chose lui est commune, et qu'il n'empêche point l'usage qu'ils en doivent pareillement avoir » (2).

C'est ce droit d'usage qui peut tout particulièrement occasionner des conflits entre les copropriétaires, car l'usage est indivisible. Seule une convention peut mettre

(1) Cass. 28 février 1894. S. 96. 1. 209 et la note M. Lyon-Caen. — Grenoble, 27 juin 1899. *J. du Palais*. 1900. 2. 141.

(2) Pothier. *Contrat de Société*, n° 207,

fin à des prétentions opposées sur ce point : les communistes peuvent s'attribuer tour à tour l'usage de la chose commune, la louer ou faire telle autre convention qui leur plaît relativement au droit d'usage.

Toutes ces restrictions que chaque communiste doit subir dans l'exercice de son droit de copropriété montrent la gêne qui résulte de l'existence de droits rivaux sur une même chose ; le refus de l'un des copropriétaires de concourir à un acte intéressant les biens indivis suffit à paralyser l'action des autres intéressés.

III. — INCONVÉNIENTS DE LA COPROPRIÉTÉ A DIVERS POINTS DE VUE

L'indivision n'a d'utilité que, lorsque inspirée par la nécessité de substituer l'effort collectif à l'impuissance de l'effort individuel elle est engendrée par une association émanant de la libre initiative des individus. Il peut alors en résulter des avantages, mais à condition que tous les communistes aient la volonté de demeurer dans cette situation et qu'ils soient d'accord pour accomplir les différents actes auxquels il peut être de l'intérêt commun de procéder. Lorsque cette entente existe, la situation des copropriétaires ressemble à celle des coassociés.

Des inconvénients et des dangers résultent au contraire d'une indivision involontaire, forcée, et principalement de celle créée par l'ouverture d'une succession au profit de plusieurs héritiers. « Qui a compagnon a maître ; de biens

communs on ne fait pas monceau », disait avec raison Loysel (1).

Bien différente de la société, où le concours de plusieurs apporte des moyens d'action en en confiant l'exercice à un seul, l'indivision involontaire enlève à chaque propriétaire une partie de ses moyens d'action et divise l'exercice entre tous. Toutes ces volontés, dont le concours est nécessaire pour agir deviennent facilement rivales et par suite de cette rivalité les biens indivis ne reçoivent que rarement l'appropriation et les soins nécessaires.

Il est facile de voir par là les dangers que présente une telle situation pour l'ordre public, pour l'intérêt privé des communistes et pour l'intérêt économique général.

Au point de vue de l'ordre public, l'indivision constitue un état de choses fâcheux, parce qu'elle devient une source de dissentiments et de procès; elle fait naître des rixes, car, si l'un des communistes veut faire seul un acte d'administration, un autre a le droit de s'y opposer; ce refus peut être l'occasion de querelles d'autant plus regrettables qu'elles peuvent surgir entre parents. L'indivision engendre des procès, à cause des comptes que doivent se rendre les communistes, à propos de la perception des fruits, des dépenses faites par un seul dans l'intérêt commun et des détériorations émanant de l'un d'eux. De là des conflits d'intérêts difficiles à régler et qui ont fait donner à l'indivision le nom de « *mater rixarum* ».

Au point de vue de l'intérêt privé des communistes l'indivision présente également des inconvénients : les copropriétaires ne retirent point de leur part indivise tout

(1) Loysel. *Institutes Coutumières*, n° 379.

le profit qu'ils pourraient obtenir de leur part divisée en l'utilisant à leur gré et suivant leurs convenances.

Enfin au point de vue de l'intérêt économique général l'indivision constitue encore un état de choses fâcheux : elle entrave la production et est un obstacle à la libre circulation des biens. De plus elle porte atteinte au crédit public à cause de l'incertitude des droits qu'un communiste peut transférer et des garanties qu'il donne en échange des avances de capitaux qui lui sont faites. Ainsi que l'a très justement fait remarquer M. Colmet de Santerre, il est rare que des parts indivises de propriété constituent un élément bien sérieux de crédit pour les copropriétaires (1). De tout temps les économistes ont signalé la gêne apportée à la circulation des biens par l'indivision, source unique de droit de copropriété; aussi à cette propriété commune, qui est une cause de ralentissement dans la production ils ont opposé, pour la préconiser, la propriété individuelle et exclusive, seule en harmonie avec l'intérêt général, condition du plus large développement de la richesse publique.

L'indivision qui ne convient, ni à nos habitudes, ni à notre régime économique, ne peut se comprendre que comme un état transitoire qu'on ne peut éviter, jamais comme une situation définitive, à moins que les communistes ne l'aient, par une convention, transformée en une quasi-société.

A raison des rapports incessants que les communistes sont appelés à avoir, rapports qui deviennent pleins de difficultés et de querelles dès que l'entente cesse de régner et à cause des entraves apportés par l'indivision à l'exer-

(1) Colnet de Santerre. Dr. liv. t. VI. p. 92.

cice du droit de propriété, la communauté a toujours été vue avec défaveur. Tous les législateurs ont mis à la disposition de chaque communiste un droit qu'ils ont toujours protégé avec un soin jaloux : c'est le droit de sortir de l'indivision, de partager.

L'indivision, en effet, n'est pas un droit, c'est un état de choses exceptionnel, c'est-à-dire une situation qu'il doit être au pouvoir de chaque communiste de faire cesser dès que la bonne harmonie a disparu. De plus il est juste que chacun des copropriétaires ait le droit de détacher de la masse commune la part à laquelle il a droit pour en jouir divisément et en disposer à son gré.

Après la loi 5 au Code (*communi dividundo*, III, 37) où il est dit : « *in communione nemo compellitur invitatus detineri* », le législateur français a proclamé dans l'article 815 du Code civil que : « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ».

CHAPITRE II

DU PARTAGE ET DE SES EFFETS

L'indivision cesse par le partage de la chose commune.

On peut définir le partage : l'acte qui en mettant fin à l'indivision et en opérant une liquidation de droits préexistants substitue pour chaque communiste la propriété individuelle et exclusive de certains biens à la copropriété générale.

En droit romain chaque copropriétaire était autorisé à le provoquer nonobstant toute convention qui aurait tendu à prolonger la communauté pour un temps illimité (1).

Dans notre législation actuelle le droit de sortir de l'indivision existe aussi malgré toutes prohibitions et conventions contraires (art. 815, C. civ.). Mais comme il peut être quelquefois de l'intérêt commun des copropriétaires que le partage soit différé et se fasse dans un temps plutôt que dans un autre, rien ne s'oppose à ce qu'on prolonge la durée de l'indivision. Il est permis aux communistes de convenir que le partage sera suspendu pendant un temps limité qui ne peut d'ailleurs excéder cinq ans (2). Le légis-

(1) Digeste. *Cau. divid.* X, t. III. Loi 14. § 2.

(2) Si les copropriétaires veulent fixer un terme plus long, ils

lateur français a pensé que cette convention ne devait être obligatoire que pendant ce délai, afin de gêner le moins possible la faculté de partager. Pendant l'intervalle de cinq années, il peut, en effet, survenir des événements qui changent la volonté de quelques-uns des copropriétaires et leur rendent très utile le partage que, dans d'autres circonstances, ils avaient consenti à différer.

D'ailleurs la convention peut être renouvelée et le nombre des renouvellements n'est pas limité, mais, à chaque fois, elle ne peut être faite pour un temps plus long que cinq années, ou, du moins, après ce terme, elle cesse d'être obligatoire. En conséquence il faut déclarer nulle la convention qui révèle que les parties ont envisagé l'indivision comme une situation absolue et définitive dans laquelle elles entendent rester et non comme un état temporaire (1).

I. — TRANSFORMATION OPÉRÉE PAR LE PARTAGE

Le partage fait cesser l'assujettissement qui résulte de l'indivision pour chaque copropriétaire et transforme en un droit absolu et indépendant le droit limité et restreint de

doivent transformer l'indivision en Société: l'article 815. C. Civ. n'est pas applicable quand l'indivision résulte d'un contrat de Société. Il a été jugé récemment que, lorsque, par la volonté commune des cohéritiers, une indivision sociale a été substituée à l'indivision successorale, l'un des cohéritiers ne peut demander le partage de la succession. Cass. liv. 45 Mai 1899. S. 1900.1. 94.

(1) Demolombe, t. XV, n° 502. — C. Besançon, 24 janvier 1900. *Gazette du Palais*, mars 1900.

chacun des communistes : au droit de copropriété il substitue un droit de propriété absolue et exclusive.

Par le partage des biens indivis chaque communiste échange sa portion indivise de tous les biens contre une part de la masse commune qu'il possédera en toute propriété ; son droit se localise sur cette fraction, il se restreint, mais, en diminuant son étendue, il augmente sa force ; sur les biens mis dans chaque lot, le droit de chaque copartageant acquiert son plein développement, sans être gêné dans son exercice par le concours de droits rivaux.

En procédant à ce partage, les communistes n'abandonnent pas leurs droits ; chacun d'eux échange son droit étendu comme objet, mais paralysé dans son exercice, contre un autre embrassant moins de choses, mais libre et sans entraves.

II. — DIVERS PROCÉDÉS EMPLOYÉS POUR SORTIR DE L'INDIVISION ET LEURS EFFETS

Pour arriver à ce résultat plusieurs moyens peuvent être employés : le partage et la licitation.

Le partage peut être opéré à l'amiable si toutes les parties sont d'accord et maîtresses de leurs droits, ou par les voies judiciaires dans le cas contraire. Il peut avoir lieu avec ou sans soulte, être ou non accompagné d'une licitation.

A. — *Partage en nature.*

Lorsqu'on procède à un partage en nature les différents

objets, qui composent la masse commune, sont répartis en propriété exclusive et absolue entre tous les copropriétaires selon leurs droits, soit au moyen du tirage au sort des lots, soit en tenant compte de la préférence que chaque intéressé peut avoir pour tel ou tel bien.

Toute convention qui attribue à chaque communiste une part divise des biens indivis constitue un partage et comme telle est régie, quant à ses effets, par l'article 883 Code civil.

Quelle que soit la nature des biens à partager, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, qu'on les ait également répartis dans chaque lot, ou qu'on ait mis dans un lot tous les meubles et dans un autre tous les immeubles, qu'on procède à l'amiable ou par les voies judiciaires, le partage produit les mêmes effets : dans tous les cas le résultat doit être le même puisque l'article 883, Code civil, qui règle les effets du partage, ne distingue pas.

Au premier abord et en dehors de toute disposition légale, le partage pur et simple semble être un échange, puisque chaque copropriétaire reçoit de ses consorts les parts indivises de ceux-ci sur certains biens en compensation de l'abandon qu'il leur fait de ses parts indivises sur d'autres biens. Si telle était la réalité juridique il faudrait appliquer dans toutes leurs conséquences les règles du contrat d'échange. Mais le Code civil n'a pas considéré le partage de cette manière, tout au moins dans les rapports entre copartageants.

Le partage est, dans notre droit actuel, un acte juridique d'une nature spéciale, nous dirions volontiers d'une nature mixte ainsi que le déclarait Dumoulin : « *contractus mixtus, participans de distractu et contractu, de per-*

« mutatione et venditione, et tamen distinctam et propriam
« habet naturam ».

Aux termes de l'article 883 du Code civil : « chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échues sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

Le partage n'est pas, comme le contrat d'échange, translatif de propriété : il est seulement déclaratif ; il n'opère pas de mutation, il ne fait que restreindre la propriété commune pour chacun des copartageants aux biens qui lui sont spécialement attribués.

Le partage a de plus un effet rétroactif qui remonte à la naissance de l'indivision, à l'ouverture de la succession par exemple, et ainsi, chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les biens qui lui sont attribués par le partage et n'avoir jamais eu la propriété des autres biens de la succession.

Le principe de l'effet déclaratif du partage a été posé dans l'intérêt des copartageants pour faciliter la constitution d'une propriété absolue et exclusive à leur profit sur les choses mises dans leur lot et pour que les opérations du partage ne soient pas entravées par les aliénations ou constitutions de droits réels faites pendant l'indivision (1). La loi a voulu que l'héritier, devenu propriétaire exclusif par le partage, n'eut pas à souffrir des droits concédés par ses cohéritiers antérieurement au partage.

Ce résultat est obtenu au moyen d'une fiction : on suppose que chacun des héritiers, n'étant héritier que pour partie, n'a pas pu succéder réellement à tous les biens

(1) Vigie. *Dr. civ. fr.*, t. II, p. 196.

composant la succession, mais seulement à ceux que lui assignerait le partage. Cette fiction ôte au partage le caractère d'une acquisition nouvelle. En vertu de la maxime : « le mort saisit le vif », chacun des héritiers est réputé avoir été saisi, dès le moment de l'ouverture de la succession, de tous les biens qui lui sont échus postérieurement par le partage et exclusivement de ces biens. On considère qu'il y a eu, dès là mort du *de cujus*, une saisine individuelle au profit de chacun des héritiers, alors qu'en réalité, il y a eu une saisine collective et indivise qui a duré tant que la succession n'a pas été partagée.

Deux éléments concourent à la création du principe de l'effet déclaratif du partage : la détermination des objets attribués à chaque copartageant et la rétroactivité de l'état de choses créé par le partage.

Cette théorie, spécialement exposée dans le Code civil, relativement aux successions, s'applique au partage de toute indivision quelle qu'en soit la cause.

Le principe que le partage est déclaratif et non translatif de propriété entraîne plusieurs conséquences :

1^o Tous les droits réels transférés ou constitués par l'un des communistes pendant l'indivision sont anéantis par le partage, si le bien aliéné ou grevé ne tombe pas dans le lot du constituant (1).

Supposons que l'un des communistes ait consenti une hypothèque sur un bien indivis. Le sort de cette hypothèque dépend de l'éventualité du partage. Si l'immeuble hypothéqué est attribué au constituant, comme celui-ci sera censé avoir toujours été propriétaire du bien grevé, l'hypothèque se trouvera avoir été valablement consentie et

(1) Cass. Req., 7 janvier 1885. S. 86. 1. 464.

produira son effet. Il faut au contraire déclarer nulle l'hypothèque constituée par celui des copropriétaires dans le lot duquel le bien grevé n'est pas tombé; par suite de l'effet déclaratif du partage, ce communiste est censé n'avoir jamais été propriétaire du bien hypothéqué; son droit étant résolu, l'hypothèque qu'il avait consentie tombe avec lui par application de la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Cette théorie est consacrée par l'article 2125 Code civil et par de nombreuses décisions de la Jurisprudence (1).

Il en est de même de l'hypothèque légale de la femme mariée : elle ne frappe point les immeubles échus au copartageant de son mari. Pendant la durée de l'indivision elle n'existait sur les biens indivis que sous la condition que ceux-ci tomberaient dans le lot du mari, car l'hypothèque légale de la femme mariée, qui, de sa nature, frappe tous les immeubles présents et à venir du mari, n'affecte définitivement que ceux dont il est devenu propriétaire incommutable (2). Par contre tout immeuble indivis, en entrant dans le lot du mari, se trouve grevé de l'hypothèque légale de la femme.

Une difficulté naît de l'article 563 du Code de commerce. Aux termes de cet article : « lorsque le mari sera commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il sera devenu commerçant dans l'année, les immeubles qui lui appartiendraient à l'époque de la célébration du

(1) Rennes, 26 décembre 1857. D. 58. 2. 442. — Cass., 7 janvier 1885, précité. — Cass. Req., 16 avril 1888. S. 88. 1. 216. D. 88. 1. 385.

(2) Agen, 1^{er} mars 1893. D. 1895. 2. 369.

mariage, ou qui lui seraient advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre vifs ou testamentaire, seront seuls soumis à l'hypothèque de la femme ». Le mari, copropriétaire d'un immeuble et dont la part indivise est grevée de l'hypothèque légale de sa femme, acquiert la totalité de l'immeuble en vertu d'un partage ou d'une adjudication sur licitation. L'hypothèque légale de la femme frappe-t-elle la totalité de l'immeuble ou seulement la part indivise que le mari avait déjà en se mariant ou qui lui est advenue, durant le mariage, pour succession ou donation ?

Faut-il appliquer ici l'article 883 Code civil et dire en conséquence que le mari étant censé avoir toujours été propriétaire exclusif de cet immeuble à partir du jour où l'indivision a commencé, l'hypothèque légale de sa femme greève la totalité de cet immeuble ? Faut-il dire au contraire que l'article 563, Code commerce déroge à l'article 883 Code civil et que l'hypothèque légale de la femme ne greève l'immeuble indivis échu au mari que jusqu'à concurrence d'une somme égale à la valeur de la part indivise appartenant dès l'origine au mari ? Ces deux opinions opposées ont été soutenues (1).

Pour résoudre cette question il faut connaître le but que s'est proposé le législateur en édictant l'article 563, Code commerce : il a enlevé à la femme son hypothèque légale sur les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage, présumant que ces biens ont été achetés avec des valeurs formant le gage des créanciers. Il en résulte que si un mari commerçant a déboursé de l'argent pour acquérir la part de ses consorts dans un immeuble indivis, l'hypo-

(1) Cass., 10 novembre 1869. S. 70. 4. 5. et la note de M. Labbé.

thèque légale de la femme ne frappe cet immeuble que jusqu'à concurrence de la valeur de la part indivise du mari. Si l'immeuble lui est échu moyennant l'abandon de valeurs indivises, l'immeuble sera grevé en totalité de l'hypothèque légale de la femme ; dans ce dernier cas les créanciers du mari n'ont pas à se plaindre ; leur gage n'a pas été diminué (1). « On ne doit regarder comme acquis à titre onéreux, disent MM. Aubry et Rau, ni les immeubles attribués au mari par l'effet du partage, ni même les immeubles adjugés sur licitation si ses cohéritiers ayant été remplis de leurs droits en valeurs héréditaires, il n'a eu à leur payer aucune soulte ni retour. S'il y a eu versement d'une soulte par le mari, l'hypothèque de la femme ne grève pas la portion de l'immeuble correspondant à cette soulte ».

2° Le partage étant déclaratif et non translatif de droits, n'a pas besoin d'être soumis à la formalité de la transcription pour produire effet à l'égard des tiers (2).

Il en résulte que le vendeur d'immeuble ne peut opposer le défaut de transcription de l'acte de partage d'un bien indivis, afin de pouvoir renouveler valablement l'inscription de son privilège, lorsque ce renouvellement n'a lieu qu'après l'expiration du délai de dix ans et qu'avant ce renouvellement l'immeuble indivis grevé du privilège du vendeur a été partagé. Le partage fait sortir l'immeuble des mains de l'acquéreur du chef duquel provenait l'indivision ; il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'article 6

(1) Aubry et Rau. *Op. cit.* III. § 264 *ter*. — Pont. I. 535. — Guil-louard. *Contr. de Mar.* II. 828. — Baudry-Lacantinerie et de Laynes. II. 4013. — Lyon-Caen et Renault, II. 3051.

(2) Demolombe, t. V, n° 342. — L., 23 mars 1855.

de la loi du 23 mars 1855. Le partage purge les immeubles de tous les droits d'hypothèque et des privilèges non inscrits qui auraient pu l'être du chef des vendeurs pendant l'indivision (1).

3° De l'article 883 Code civil il faut encore déduire cette conséquence qu'il n'y a pas lieu de remplir les formalités de la purge, conformément aux prescriptions des chapitres VIII et IX, du titre XVIII, du livre III du Code civil, puisque les hypothèques constituées du chef des autres copropriétaires sur les immeubles échus à chacun d'eux sont de plein droit anéanties.

4° Le partage ne constituant pas un titre d'acquisition ne peut servir de point de départ à la prescription.

B. — *Licitation.*

Lorsque les biens indivis ne sont pas facilement partageables ou s'il s'en trouve quelques uns qu'aucun des communistes ne puisse ou ne veuille prendre, il y a lieu de les liciter, c'est-à-dire de les vendre aux enchères pour obtenir une somme d'argent à répartir entre les copropriétaires suivant les droits leur appartenant sur les biens mis en vente (article 1686 du Code civil).

Cette opération peut avoir lieu à l'amiable ou en justice.

Que la licitation soit rendue nécessaire par une impossibilité absolue de partager les biens *sectione corporum*,

(1) Agen, 11 décembre 1899. *J. des Conservateurs des hypothèques*, mars 1900. — Cass., 29 mai 1866. D. 66. 1. 481.

ou qu'elle ait pour cause le pur caprice de l'un des copartageants, qu'on y procède à l'amiable ou en justice, dans tous les cas elle produit les mêmes effets.

« La licitation a toutes les apparences d'une vente et il semblerait naturel et conforme à la réalité des choses de lui appliquer les règles de ce contrat dans toutes leurs conséquences. Telle n'est pas cependant la conception du Code civil qui attribue à la licitation, comme au partage, un effet déclaratif. L'article 883 du Code civil s'explique à ce sujet d'une manière expresse : « Chaque cohéritier, dit-il, est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus *sur licitation* et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ».

Il en résulte les mêmes conséquences relativement aux hypothèques et à toutes les constitutions de droits réels. Ainsi, lorsque tous les immeubles dépendant d'une succession ont été adjugés sur licitation à un seul des héritiers, toutes les hypothèques établies sur ces immeubles du chef des autres héritiers sont éteintes et ne produisent aucun effet contre l'héritier adjudicataire (1). Avec les hypothèques disparaissent le droit de suite sur les biens licités et le droit de préférence sur le prix de l'adjudication.

Cette théorie, aujourd'hui admise tant en doctrine qu'en jurisprudence, remonte à l'ancien droit et Poquet de Livonnière en donne l'explication suivante : « Il n'y a point de mutation de main, ni de transport véritable d'une personne à une autre, puisque celui à qui demeure l'héritage avait un droit par indivis sur toutes les parties de cet hé-

(1) C. Nancy, 7 juillet 1896. S. 97. 2. 123.

ritage et qu'il en demeure seigneur et maître par une espèce d'accroissement et de consolidation permise en cette rencontre (1) ».

Toutefois, la licitation n'a comme le partage, un effet déclaratif que lorsque c'est un des colicitants qui s'est rendu adjudicataire. Si, au contraire, l'adjudication des biens indivis a eu lieu au profit d'un étranger, d'un *licitator extraneus*, il semble impossible de lui appliquer le même principe. En effet, l'article 883 du Code civil suppose que l'adjudicataire a succédé seul et directement à l'auteur commun; l'adjudicataire étranger n'étant ni héritier, ni donataire, ne peut être censé avoir succédé d'une façon quelconque au *de cujus* et avoir été seul propriétaire du bien licité depuis le commencement de l'indivision.

Lorsque la licitation a lieu au profit d'une personne autre que l'un des colicitants, elle est une véritable vente et elle en produit tous les effets; elle opère une transmission de propriété: elle est translatrice et non déclarative de droits.

Les colicitants sont alors considérés comme vendeurs, chacun pour sa part indivise et comme créanciers d'une portion déterminée du prix. Les immeubles hypothéqués par l'un des copropriétaires pendant l'indivision restent grevés entre les mains de l'adjudicataire jusqu'à concurrence de la part du constituant et les créanciers privilégiés ou hypothécaires qui ont régulièrement conservé leur droit de suite peuvent faire à l'adjudicataire sommation de payer ou de délaisser ou former surenchère lorsque l'ad-

(1) Poquet de Livonière. *Traité des Fiefs*. L. III, ch. vi, sect. 6.

judicataire remplit contre eux les formalités de la purge. En effet, la licitation au profit d'un autre qu'un copartageant étant une vente, il faut appliquer tous les effets du droit de suite qui appartient aux créanciers qui ont acquis des privilèges et des hypothèques pendant l'indivision (1).

Cette théorie a été consacrée par un récent arrêt de la Cour de Rennes : « Attendu, dit cet arrêt, qu'il résulte d'une jurisprudence récente, diamétralement contraire à celle antérieure de la Cour de Cassation, que la vente sur licitation au profit de toute personne autre qu'un des co-indivisaires n'a point l'effet déclaratif contenu en l'article 883, quand bien même, dans le partage ultérieur, la totalité du prix serait attribuée à l'un des cohéritiers, et que les créanciers hypothécaires d'un des autres sur l'indivis peuvent continuer à exercer leurs droits sur la part proportionnelle revenant à l'origine à leur débiteur sur cet immeuble (2) ».

Cette théorie qui est celle de la majorité des auteurs et de la jurisprudence la plus récente, n'était pas admise de tous points par M. Demolombe. Cet auteur reconnaît que l'adjudication faite au profit d'un étranger est une vente

(1) Aubry et Rau, t. III, § 266. — Grenoble, 27 janvier 1859. S. 60. 2. 41. — Cass. civ., 17 février 1892. S. 94. 1. 417, et la note de M. Albert Wahl. — Cass. Req., 19 octobre 1896. S. 98. 1. 41. D. 96. 1. 44. Ce dernier arrêt fixe définitivement la jurisprudence de la Chambre des requêtes dans le sens de la Chambre civile. Les deux Chambres de la Cour de Cassation sont ainsi actuellement d'accord pour admettre le même système. Cass. civ., 7 juin 1899. S. 99. 1. 457.

(2) C. Rennes, 27 juillet 1899. *J. des Notaires et des Avocats*, février 1900. Cf. M. Colmet de Santerre. *Rev. critiq.*, 1864, t. XXVI. p. 490.

ordinaire, donnant lieu au privilège du vendeur et non à celui du copartageant, mais il n'admet pas qu'on considère chacun des copartageants comme vendeur pour sa part et comme créancier d'une portion déterminée du prix. Selon lui, il faut faire une distinction : « Ou bien, au moment de la mise en vente, dit-il, les droits de chacun des cohéritiers dans l'immeuble licité étaient déjà liquidés et déterminés, et dans ce cas nous croyons aussi que chacun d'eux devrait être considéré, vis-à-vis de l'adjudicataire, comme vendeur pour sa part ; — ou, au contraire, au moment de la mise en vente, le règlement des droits de chacun des cohéritiers n'avait pas encore été fait ; de telle sorte que la licitation n'était, comme elle n'est en effet, le plus souvent, qu'un incident de la liquidation et une opération préparatoire du partage ; et alors notre avis est que la question de savoir lequel ou lesquels des cohéritiers devraient être considérés comme vendeurs, est subordonnée à l'événement du partage par application même de l'article 883 ; et que, en conséquence, s'il arrive que, par le procès-verbal de partage, le prix de la licitation soit attribué à quelques-uns des cohéritiers, ou même à un seul des cohéritiers, ceux-là ou celui-là seulement auxquels le prix aura été attribué, devraient être considérés comme vendeurs et par suite comme les seuls créanciers du prix, comme les seuls aussi, dès lors, dont les créanciers particuliers pourraient avoir, sur l'immeuble licité, des hypothèques ou d'autres droits constitués du chef de leur débiteur pendant l'in livision (1). »

Cette distinction qui est également faite par Demante (2)

(1) Demolombe. *Tr. des Successions*, III, nos 272 et 273.

(2) Demante. *Cours analytique*, C. Nap., III, no 225 bis, IV.

et qui a été consacrée par quelques décisions judiciaires (1) est inadmissible. Sans doute pour les copartageants, la licitation est une opération de partage, en ce sens qu'elle a pour but d'obtenir une somme d'argent qui leur sera distribuée; mais elle n'en est pas moins une vente ordinaire pour le tiers adjudicataire. Pour déterminer la nature de cette opération, c'est le résultat obtenu qu'il faut considérer et non le but poursuivi par les copropriétaires.

Malgré toute l'autorité de MM. Demolombe et Demante, nous pensons que, dans tous les cas, l'acte, qui dénoue l'indivision au profit d'une personne étrangère à cette indivision, laisse intacts les droits réels qui grèvent l'immeuble du chef de chacun des copartageants dans la proportion de leurs droits sur cet immeuble et sans qu'on ait à considérer si le prix d'acquisition a été attribué au constituant par un partage postérieur à la licitation.

C. — *Partage avec soulte.*

Entre le partage pur et simple et la licitation, se place le partage avec soulte.

Dans l'ancien droit, la soulte fut à l'origine considérée comme le prix d'une aliénation et comme telle soumise aux droits seigneuriaux; mais au xvi^e siècle, elle fut affranchie en même temps que le prix de la licitation avec lequel elle a les rapports les plus étroits. « Totus contractus dicitur

(1) Cass. civ., 18 juin 1834. *J. des Audiences*. 1834. 1. 276. — C. Douai, 5 juin 1866. S. 67. 2.257.

« divisio, disait Dumoulin, et consequenter nulla jura
« debentur pro re assignata, etiam pro rata pecuniæ datæ
« socio vel sociis, etiamsi illa pecunia non sit accepta de
« communi » (1). La soulte était considérée comme le prix
d'une aliénation nécessaire.

Basnage, dans son *Commentaire de la Coutume de Normandie*, disait que « la soulte suit la nature de la chose pour laquelle elle est baillée, qui est un bien héréditaire ». Et d'une manière plus brève, les anciens jurisconsultes disaient que « la soulte suit la nature du partage. »

Dans le dernier état de l'ancien Droit, le partage avec soulte avait, comme le partage pur et simple, un effet déclaratif. Pothier formule ainsi la doctrine de son temps : « Cela (l'effet déclaratif), a lieu quoique le partage ait été fait avec retour en deniers ou en rente. Celui à qui est tombé le lot le plus fort, est censé avoir été héritier, ou légataire, ou acheteur du total de ce qui y est contenu, à la charge du retour ; et celui à qui est tombé le plus faible lot est censé n'avoir été héritier, ou légataire, ou acheteur que des choses qui y sont tombées, au moyen du retour que lui font ses copartageants (2). »

Dans notre droit actuel on assimile généralement le partage avec soulte au partage pur et simple : on lui applique la règle contenue dans l'article 883. Code civil. Toutefois cette solution a été contestée par M. Rodière dans un mémoire présenté à l'Académie de législation de Toulouse en 1851 (3). Cet auteur propose de restreindre

(1) Dumoulin. *Tit. des Fiefs*, § 33, gl. 1.

(2) Pothier. *Traité de la Vente*, n° 630.

(3) *Revue de Législation et de Jurisprudence*, 1852, t. I.

la fiction de l'article 883 au cas où le partage s'opère sans aucune soulte ou retour de lots. Dans un partage avec soulte, M. Rodière voit deux opérations distinctes : 1^o une vente jusqu'à concurrence de la soulte ; 2^o un partage pour le surplus. L'une des conséquences de cette théorie est que les créanciers en faveur desquels des hypothèques ont été constituées pendant l'indivision par le copropriétaire créancier d'une soulte peuvent se faire colloquer sur le montant de cette soulte lorsqu'elle représente en tout ou en partie leur gage immobilier primitif.

Pour déterminer le caractère d'un partage avec soulte, il faut distinguer suivant que la soulte est payée en valeurs communes ou avec des valeurs propres au copartageant qui en est débiteur et dans cette dernière hypothèse distinguer suivant qu'il s'agit des rapports des copartageants entre eux ou des rapports de l'un d'eux avec des tiers. A l'égard des copartageants, la soulte est dans tous les cas une créance née à l'occasion d'un partage et par suite les règles de cet acte lui sont applicables. Mais à l'égard des tiers, la soulte doit être considérée comme un prix de vente lorsqu'elle est payée avec des deniers propres au copartageant qui en est débiteur (1).

(1) Consulter Cass. Req., 19 octobre 1896. S. 98. 4. 41. — Cass., 11 décembre 1850. D. 51. 4. 287.

CHAPITRE III

DU DROIT DE COPROPRIÉTÉ SOUS LES DIVERS RÉGIMES MATRIMONIAUX

Après avoir déterminé les droits appartenant aux copropriétaires dans leurs rapports entre eux pendant la durée de l'indivision et après le partage des biens communs, nous devons fixer les droits que les époux ont respectivement, en vertu de leur contrat de mariage ou de la loi, sur la part divisée attribuée par un partage à l'un d'eux ; nous devons également examiner les mesures prises par le législateur pour protéger pendant le mariage l'exercice du droit de copropriété de chacun des époux et pour éviter qu'une indivision entre les conjoints succède ou se substitue à une indivision entre l'un d'eux et des tiers. Nous aurons principalement à rechercher si le droit de copropriété, qui, dans les rapports entre les différents communistes, a été définitivement fixé par le partage des biens indivis, l'a été également vis-à-vis du conjoint de chacun des copropriétaires.

Entre les patrimoines des époux, il existe des rapports qui varient suivant le régime matrimonial adopté. A cet égard on peut distinguer d'une part les régimes qui laissent aux patrimoines des conjoints toute leur indépen-

dance et d'autre part ceux qui établissent entre ces patrimoines une confusion plus ou moins complète ou qui les soumettent à des règles strictes et impératives pour les époux et quelquefois pour les tiers.

Les régimes de séparation de biens et d'exclusion de communauté font partie de la première catégorie ; dans la seconde on peut classer les régimes de communauté légale ou conventionnelle et le régime dotal. Cette classification, que nul texte de loi ne nous indique, aura l'avantage de nous permettre de poser une règle unique pour les deux régimes de la première catégorie.

I. — SOUS LES RÉGIMES DE SÉPARATION DE BIENS ET D'EXCLUSION DE COMMUNAUTÉ

Les époux mariés sous l'un de ces régimes conservent propres tous leurs biens présents et futurs ; entre leurs patrimoines il y a séparation complète pour tout ce qui concerne la propriété. Lorsque l'un des époux mariés sous un de ces régimes de non communauté, est propriétaire de biens indivis, tout ce qui lui advient par le partage lui demeure propre. Son conjoint ne pouvant prétendre à aucun droit sur cette part, il n'y a pas lieu, sous ces deux régimes, d'envisager d'une manière spéciale le droit de copropriété.

La part de l'époux copropriétaire a été définitivement fixée par le partage et la fiction de l'article 883. Code civil s'applique : l'époux copartageant est censé n'avoir

jamais eu de droit que sur les biens qui lui sont échus par le partage.

La séparation qui existe entre les patrimoines des époux permet à ceux-ci de procéder au partage comme il leur plaît et même de renoncer à leur droit de copropriété, sans que l'autre époux puisse critiquer les conventions diverses dont le droit de copropriété est l'objet.

II. — OBSERVATION RELATIVE AU DROIT DE COPROPRIÉTÉ SOUS LES AUTRES RÉGIMES.

Les conventions matrimoniales peuvent régler le sort réservé aux biens dont l'un des époux est copropriétaire ou sur lesquels il pourra acquérir des droits indivis pendant le cours du mariage. A ce sujet, les conjoints ont toute liberté. Nous n'avons pas à prévoir les stipulations qu'ils peuvent faire; nous devons, au contraire, régler leurs droits lorsqu'ils n'ont rien prévu à cet égard et trancher les difficultés que cette absence de règlement fait naître sous le régime de la communauté légale et sous le régime dotal.

Sous le régime de la communauté légale, l'exercice du droit de copropriété soulève une question qui était diversement résolue par les jurisconsultes de l'ancien Droit et qui divise encore les auteurs actuels. Cette question se pose ainsi : un des époux, au jour du mariage, est copropriétaire d'une masse indivise composée de meubles et d'immeubles; pendant le mariage, les communistes procèdent au partage de cette masse et par suite de cette

opération le copartageant marié sous le régime de la communauté légale se trouve avoir dans son lot soit exclusivement des meubles, soit une portion de meubles ou d'immeubles supérieure à celle qu'il aurait dû recevoir si tous les biens de chaque nature avaient été partagés d'une manière égale entre tous les communistes. Pour déterminer ce qui tombe en communauté et ce qui reste propre à l'époux copropriétaire, faut-il avoir égard au résultat du partage et appliquer la règle de l'article 883 Code civil, d'après laquelle chaque cohéritier est censé n'avoir jamais eu que la propriété des effets compris dans son lot ou à lui échue sur licitation ? Faut-il au contraire rejeter l'application de cette fiction et considérer la valeur comparative des meubles et des immeubles dans la masse partagée ?

La solution de cette question dépend du caractère qu'il convient de reconnaître au partage à l'égard du conjoint du copartageant et à l'égard de la communauté. S'il est vrai, d'une manière générale et absolue, que chaque communiste n'a jamais eu droit qu'aux biens compris dans son lot, les meubles entreront en communauté et les immeubles resteront propres, quelle que soit la portion de chacun de ces biens reçus en partage. Si, au contraire, le partage, à l'égard du conjoint et de la communauté, doit être considéré comme un acte translatif de propriété, les meubles qui excèdent la portion contingente de l'époux copartageant dans le mobilier doivent lui rester propres ou ne tomber en communauté qu'à charge de récompense ; à l'inverse, les immeubles excédant sa portion contingente dans l'actif immobilier doivent former des acquêts de communauté ou ne rester propres à l'époux

copropriétaire qu'à charge de récompense au profit de l'association conjugale.

Le même problème se pose, lorsque, dans une succession soit purement immobilière, soit en partie mobilière et en partie immobilière, le conjoint héritier reçoit, pour le remplir de ses droits sur les immeubles, une soulte ou un prix de licitation et inversement. Si, dans les rapports entre conjoints, le partage conserve le caractère déclaratif que nous lui connaissons vis-à-vis des copartageants, l'argent reçu comme prix de licitation ou comme soulte, tombera en communauté et les immeubles abandonnés en représentation d'objets mobiliers seront propres. Il faut, au contraire, admettre les solutions inverses si, dans les rapports avec tous autres que les copartageants, le partage a le caractère d'un acte translatif.

Une question analogue existe relativement au droit de copropriété dont est titulaire une femme mariée sous le régime dotal.

Sous ce régime, doit-on tenir compte du résultat du partage pour déterminer ce qui doit composer la dot? Ainsi, une femme possède des biens indivis; elle se marie sous le régime dotal en se constituant en dot tous ses biens présents: tous les biens qui lui arriveront par suite du partage ou de la licitation seront-ils dotaux? Faut-il dire, au contraire, que la dotalité ne frappera ces biens que dans la proportion où ils représenteront sa part indivise?

Si, dans une constitution de dot de biens présents et à venir, une femme ne s'est constituée en dot que ses meubles ou ses immeubles, la dotalité doit-elle frapper tous les meubles ou tous les immeubles à elle échus par

le partage d'une masse indivise composée de ces deux sortes de biens, quoiqu'elle ait reçu une portion de meubles ou d'immeubles supérieure à sa part contingente ?

Ce sont ces diverses questions que nous allons examiner et essayer de résoudre.

« La règle du partage déclaratif, dit M. Demolombe, plane et rayonne au loin sur la vaste étendue du Droit civil » (1).

Si cette opinion est exacte, il faut avoir égard à la nature des biens échus par le partage pour déterminer les droits respectifs des époux et de la communauté et pour fixer l'étendue de la constitution de dot. Mais c'est là une pure affirmation dont nous devons contrôler l'exactitude. Ainsi, avant d'aborder l'étude du droit de copropriété sous la communauté légale et sous le régime dotal, nous sommes forcés d'examiner l'étendue d'application de la règle de l'effet déclaratif du partage.

« La jurisprudence, disait Valin, a des principes de deux sortes ; les uns ont pour base ces règles d'équité que la nature a gravées dans le cœur de tous les hommes ; les autres sont des lois arbitraires et de convention que chaque société s'est formée suivant son génie et sa manière de concevoir les objets. Les premiers fondés sur des notions invariables ne sont point sujets à altération : on les trouve chez tous les peuples, malgré la différence des mœurs et le changement des temps. C'est ainsi que les lois romaines, établies sur ces principes, nous fournissent encore tant de décisions qui nous servent de règle et dont la sagesse est avouée de tout le monde. Il en est autre-

(1) Demolombe. *Successions*. V, n° 302.

ment des principes arbitraires, qui ne peuvent former que des vérités respectives. Ainsi il est arrivé, non seulement que ce qui a paru juste dans un pays a paru le contraire dans un autre, mais encore que ce qui a fait la règle dans un temps a été vu d'un autre œil dans la suite » (1).

La règle de l'effet déclaratif du partage est-elle un principe fondamental dérivant de la nature même des choses ? Est-elle, au contraire, un principe arbitraire engendrant seulement des vérités respectives, selon l'expression de Valin ? Seule l'histoire peut nous l'apprendre. En effet, les principes qui sont la base du droit et non de tel ou tel droit, ont un fondement plus profond que la fantaisie des législateurs et ne varient pas avec les différentes époques : ils dominent le cours des événements et ils doivent être aujourd'hui les mêmes que ceux dont les Romains faisaient découler leurs lois.

Ce sont ces principes qu'il faut dégager de la fiction contenue dans l'article 883, Code civil, pour résoudre les diverses questions qui font l'objet de cette étude. Pour y parvenir nous devons retracer l'histoire du partage et voir comment le principe de l'effet déclaratif a été introduit dans le domaine du droit civil.

(1) Valin. *Coutume de la Rochelle*. Préface.

CHAPITRE IV

CARACTÈRE DU PARTAGE DANS L'HISTOIRE DU DROIT ET ÉTENDUE D'APPLICATION DE L'ARTICLE 883, CODE CIVIL

SECTION I

A ROME

Le Droit romain consacrait une théorie complètement opposée à celle admise par les jurisconsultes de l'ancien Droit coutumier et à celle suivie par les rédacteurs du Code civil. « Selon les principes de notre droit français, disait Pothier, très opposés à ceux du Droit romain, les partages n'ont aucun rapport avec l'échange : ce ne sont pas des actes par lesquels les copartageants acquièrent, ni soient censés acquérir les uns des autres » (1).

A Rome, au contraire, le partage était un acte d'aliénation ; les jurisconsultes romains l'ont toujours considéré comme un acte dans lequel chaque copartageant est l'ayant cause des autres : le partage constituait un titre

(1) Pothier. *Traité de la Vente*, n° 630.

d'acquisition. D'après certains textes, il consistait en un échange de propriété : chaque communiste acquérait sur un même objet toutes les parts indivises des autres copropriétaires moyennant la cession ou l'abandon qu'il faisait lui-même de sa part indivise sur d'autres biens. Cette théorie est consacrée notamment par la loi 77, par. 18, 2^e alinéa. Dig. De Legatis et fideicommissis : L. XXXI. « *Cum permutatio rerum discernens communionem intervenit.* » Papinien, dans ce passage du Digeste, assimile le partage à l'échange.

Mais d'après une constitution de l'empereur Antonin, Constitution I au Code. Communia utriusque judicii. L. III, t. XXXVIII, le partage devait plutôt être considéré comme une vente : « *Divisionem prædiorum vicem emptionis obtinere placuit.* »

Le partage, dont les effets se confondaient avec ceux de la vente ou de l'échange, opérait toujours une translation de propriété.

Cette translation de propriété dans le partage volontaire s'effectuait par les modes ordinaires, soit par mancipation, soit par tradition. Lorsqu'on avait recours à la justice pour procéder à un partage, c'était le juge qui, en vertu des pouvoirs conférés par la formule délivrée par le prêteur, transférait la propriété : le mode de transfert alors employé était l'adjudication.

Le partage étant une véritable aliénation, les droits réels constitués pendant l'indivision par l'un des communistes sur sa part indivise subsistaient après le partage. C'était la solution admise par Gaius relativement à l'hypothèque : « *Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecæ, divisione factacum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quæ ei*

« obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso
 « pro parte dimi dia manebit obligata » (1). Ainsi lorsqu'une
 personne avait hypothéqué sa part indivise dans un bien
 commun, l'hypothèque, après le partage, portait non pas
 sur la part échue au constituant, mais sur la moitié indi-
 vise de chaque part. Il en était ainsi, soit que l'immeuble
 hypothéqué eut été divisé entre les copartageants, soit
 qu'il eut été adjugé tout entier à l'un d'eux ou à un tiers.

On appliquait à Rome, avec une logique remarquable,
 la théorie de l'effet translatif du partage, toutes les fois
 qu'il y avait eu un droit réel créé pendant l'indivision.
 Les jurisconsultes romains ne tenaient aucun compte des
 nombreuses difficultés que ce principe pouvait soulever
 dans la pratique ; aucune restriction n'était apportée à
 l'effet translatif du partage qui avait ce caractère, aussi
 bien à l'égard des tiers qui avaient contracté avec les co-
 partageants, qu'à l'égard de ces derniers eux-mêmes. Si
 un pareil système présentait des avantages, il est facile
 aussi d'en comprendre les inconvénients : « L'intérêt des
 tiers, dit M. Liégeard, était sauvegardé, il est vrai, mais
 la sécurité des partages était anéantie. On maintenait les
 droits acquis au prix de la paix des familles (2). »

Seul, le jurisconsulte Trébatius, frappé sans doute des
 résultats quelquefois injustes et dangereux de l'application
 trop absolue du principe de l'effet translatif du partage,
 entreprit de faire prévaloir le système de la rétroactivité
 dans l'hypothèse suivante : un mari, ayant la moitié indi-
 vise d'un fonds, avait légué à sa femme l'usufruit de sa

(1) *Digeste*. L. XX, t. VI. Loi 7, § 4.

(2) Liégeard. *Mémoire sur l'origine et les effets de la Maxime ;
 le partage est déclaratif de propriété*.

part. D'après la théorie romaine sur les effets du partage, l'usufruit de la femme aurait dû porter sur la moitié indivise de chaque part; Trébatius, soutenait, au contraire, que l'usufruit de la femme devait s'exercer sur la totalité de la part mise dans le lot de l'héritier du mari; il donnait au partage un effet rétroactif et il faisait remonter cet effet au jour où l'usufruit avait été constitué. « Is, qui
 « fundum tecum communem habebat, usufructum fundi
 « uxori legaverat, post mortem ejus tecum heres arbitrum
 « communi dividundo petierat. Blæsus ait, Trebatium res-
 « pondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset :
 « ejus partis, quæ tibi obtigerit, usufructum mulieri nulla
 « ex parte deberi : sed ejus quod heredi obtigisset, totius
 « usufructum eam habituram (1). »

Cette doctrine évitait certainement bien des complications, mais elle violait manifestement les principes du Droit romain et comme telle, elle était condamnée par le disciple de Trébatius, Labéon, dans le même passage du Digeste : « Égo hoc falsum puto, nam cum ante arbitrum
 « communi dividundo conjunctus pro indiviso ex parte di-
 « midia totius fundi usu fructus mulieris fuisset non potuisset
 « arbitrum, inter alios judicando, alterius jus mutare : quod
 « et receptum est. »

Les textes romains ne nous révèlent aucune nouvelle tentative en faveur de la théorie soutenue par Trébatius, A Rome, en effet, le partage conservera toujours son effet translatif. « Malgré l'immense crédit de son auteur, l'avis de Trébatius, unanimement rejeté de ses contemporains et des jurisconsultes postérieurs, resta inséré au Digeste comme une protestation isolée et curieuse d'une idée

(1) *Digeste*. L. XXXIII, titre II. Loi 34.

naissante contre une doctrine vieillie qui devait lentement se modifier au creuset des révolutions » (1).

Pour voir dans l'histoire du Droit un changement à cette conception du partage, il faut attendre l'époque de la féodalité française, époque où le principe romain disparut pour faire place au système de la rétroactivité.

SECTION II

ANCIEN DROIT

La manière dont les Romains envisageaient le partage avait des conséquences quelquefois regrettables, notamment le maintien de tous les droits réels constitués pendant l'indivision par les divers copropriétaires. Il en résultait qu'un héritier dissipateur pouvait porter atteinte aux intérêts de ses cohéritiers, gêner les opérations du partage et, comme le disait Lebrun, infester les lots de ses consorts de charges et d'hypothèques auxquelles ils n'avaient pas consenti; de là des actions en garantie qui pouvaient être inutiles si l'héritier qui avait constitué les charges était devenu insolvable.

L'ancien Droit coutumier n'a pas suivi les dispositions du Droit romain : il s'est rallié à la théorie de l'effet déclaratif du partage qui a pour conséquence l'anéantissement des charges établies pendant l'indivision. Mais cette

(1) Liégard. *Op. cit.*

substitution d'une théorie à une autre ne s'est pas opérée d'un seul coup, à une époque bien déterminée et pour des raisons tirées uniquement des principes fondamentaux du Droit. La nouvelle théorie sur le caractère du partage n'apparut pas dès le début de l'ancien Droit français ; ce qui caractérise le droit féodal à ce sujet c'est l'absence de théorie sur les effets du partage ; à l'époque de la féodalité on admit certaines solutions sans chercher à les expliquer : la pratique l'emportait sur la science. Ce n'est qu'assez tard, au xvi^e siècle, que se posa sur le terrain du Droit civil la question du caractère du partage et de ses effets. D'ailleurs les pays de Coutumes et les pays de Droit écrit ne suivirent pas les mêmes règles.

A. — *Pays de coutume.*

C'est dans l'ancien droit coutumier qu'il faut rechercher l'origine première et indirecte de l'effet déclaratif du partage. « C'était de la France coutumière, dit M. Liégard, que devait surgir, d'empiètements en empiètements et sous l'égide d'une pratique constante, cette doctrine opposée du partage déclaratif que sanctionna de son autorité le plus beau de nos codes » (1).

A l'époque de la féodalité, la propriété territoriale était constituée d'une manière particulière : toute terre avait deux maîtres dépendant l'un de l'autre, le seigneur et le vassal. Ce dernier engageait sa foi à tel seigneur déterminé et c'était à tel vassal déterminé que le seigneur promettait protection ; entre eux existaient des obligations récipro-

(1) Liégard. *Op. cit.*

ques « fidélité et félonie, disait Loysel, sont réciproques entre le seigneur et le vassal », et comme la considération des personnes servait de base au contrat qui les liait, le seigneur et le vassal ne pouvaient se substituer un tiers dans l'exercice de leurs droits et dans l'accomplissement de leurs obligations.

De bonne heure le seigneur se dégagea de ses obligations ; il n'en fut pas de même du vassal ; pour celui-ci le fief conserva son caractère éminemment personnel. Il en résultait notamment que les fiefs ne pouvaient pas être transmis héréditairement et que les vassaux ne pouvaient pas les aliéner sans le consentement des seigneurs. Un capitulaire de Kiersy, rendu en 877, rendit les fiefs héréditaires, mais la prohibition de transmettre entre vifs subsista.

Cette prohibition d'aliéner s'étendait-elle au partage ? Le fief transmis par succession à plusieurs enfants pouvait-il être divisé entre ceux-ci sans l'assentiment du seigneur ? Telle était la question que les jurisconsultes de la féodalité avaient à résoudre.

En cette matière le caractère du partage avait une grande importance. D'après la théorie romaine, tout partage contenant une aliénation aurait dû être interdit au vassal sans le consentement du seigneur. Mais à cette époque, le Droit romain était peu connu : « Les juges étaient hommes d'épée et la subtilité du droit avait peu de part à leur jurisprudence » (1). Le droit de partager fut dès le XII^e siècle, reconnu au profit des héritiers, comme conséquence naturelle du droit de succéder au fief. « Quand les docteurs se réveillèrent, dit M. Championnière, et

(1) Championnière. *Revue de Législation*, t. VII.

purent gloser les textes et raisonner le droit, la question était résolue. » La difficulté était tranchée, mais sans qu'on ait eu recours aux principes juridiques, sans qu'on ait songé à se demander si le partage présentait ou non les caractères d'une aliénation. « Le principe coutumier de la partageabilité des fiefs fut une conquête des tendances sociales de l'époque, n'ayant rien à démêler avec notre fiction » (1).

Cette faculté de partager était nuisible aux seigneurs dont elle affaiblissait la puissance : ceux-ci, au lieu d'être entourés de puissants et riches vassaux n'avaient plus qu'une foule de petits vassaux dont l'appui ne devait guère être efficace. Aussi les feudataires luttèrent-ils contre la faculté de partager introduite par la pratique. Le duc de Bretagne, Geoffroy, publia en son Parlement, en 1185, une assise décidant que dans les baronies et fiefs de chevalerie il ne serait plus fait de partage, mais que le fils aîné aurait la totalité du domaine et qu'il pourvoirait à la subsistance de ses puînés (2).

En 1210 les comtes de Bourgogne, de Nevers, de Boulogne, de Saint-Pol et quelques autres seigneurs voulurent imiter l'exemple du duc de Bretagne et interdire le partage à tous leurs vassaux, mais, sauf quelques restrictions, le

(1) Tillard. *Actes dissolutifs de communauté*, p. 257.

(2) Cette assise célèbre publiée en 1185, par Geoffroy, 3^e fils du roi Henri II d'Angleterre, porte « que d'icy en avant ne se fera division ne partage de baronies, ny fiefs de chevaliers; ains obtiendra l'aisné la seigneurie du tout. Et pourvoiront les aînés aux puisnés et juveigneurs, en sorte qu'ils se puissent honestement entretenir et pourvoir à leurs nécessités, selon leur puissance. » Consulter l'ouvrage de M. Planiol : *l'Assise du comte Geffroi*.

partage continua à avoir lieu entre les vassaux sans le consentement des seigneurs, grâce à la résistance des vassaux et à l'aide qu'ils reçurent de la royauté qui trouvait ainsi le moyen d'affaiblir la puissance des seigneurs. « Sous cette double action du pouvoir souverain et des petits vassaux, se développa le principe de la liberté du partage ; quand la loi romaine voulut élever la voix, il n'était plus temps : la faculté de partager marchait de front avec la prohibition d'aliéner » (1).

Les efforts de la haute féodalité pour restreindre la faculté illimitée du partage n'aboutirent qu'à l'établissement d'une institution singulière connue sous le nom de *parage* ou *frérage*.

Cette combinaison donnait une part plus forte à l'aîné ; en fait le fief se divisait entre l'aîné et les puînés, mais en droit l'aîné était l'unique représentant aux yeux du suzerain. Les puînés ou parageaux conservaient leur indépendance vis-à-vis de l'aîné et du suzerain ; l'aîné ou chemier était seul garant des charges féodales, sauf à y faire contribuer ses parageaux dans la mesure de leurs droits (2).

Par l'adoption de ce moyen, la faculté de partager subsista indépendamment de tout consentement du seigneur, tandis que ce consentement était indispensable pour aliéner. Cette faculté était-elle une conséquence de l'effet du partage ? Non, la question du caractère du partage ne se posa pas dès le début de la féodalité. La faculté de partager était un privilège qui n'existait qu'en faveur des par-

(1) Liégeard. *Op. cit.*, p. 26.

(2) Consulter Valin. *Cout. de La Rochelle*, t. I. *Des Fiefs*, art. 4, nos 22, 23 et 48.

tages héréditaires, considérés comme une conséquence nécessaire du droit de succéder.

Le parage disparut avec les intérêts qui l'avaient créé, au moment de la transformation de la féodalité, mais la faculté du partage se maintint avec la prohibition d'aliéner.

Peu à peu les institutions féodales se modifièrent : exclusivement militaires à l'origine, elles prirent par la suite un caractère essentiellement pécuniaire. Avec la cessation des guerres privées, l'obligation du service militaire, base principale du contrat de fief, devint inutile. Les seigneurs ayant un moins grand besoin de l'appui de leurs vassaux et par suite attachant moins d'importance à la personne de ceux-ci, permirent le démembrement des fiefs et en autorisèrent l'aliénation.

Donnèrent-ils cette autorisation sans compensation aucune ? Le désintéressement était peu dans leur goût et dans leurs habitudes, et de plus les circonstances ne leur étaient guère favorables. Les croisades en effet avaient épuisé le fisc seigneurial.

Les seigneurs firent payer leur consentement à l'aliénation des fiefs. Maîtres au début de refuser ce consentement en dépit des offres et des présents, ils finirent par perdre ce pouvoir. « Ainsi s'établit la nécessité pour le seigneur de consentir à l'aliénation, pour le vassal d'en payer l'émolument » (1). Toute aliénation du fief fut permise moyennant le paiement, à chaque mutation, d'un impôt qui prit le nom de droit « de lods et rentes ». Cet impôt n'était dû qu'en cas de mutation entre vifs. Il en résulta que

(1) Liégeard. *Op. cit.*

la transmission héréditaire, déjà affranchie de la nécessité de l'autorisation seigneuriale, fut exemptée de tout droit de mutation. Il en fut de même du partage, suite nécessaire de l'ouverture d'une succession au profit de plusieurs héritiers.

Cet affranchissement du partage ne devait pas durer longtemps. Dans le but d'augmenter leurs ressources les seigneurs voulurent soumettre le partage aux droits de lods et rentes et essayèrent de justifier leur prétention. Alors, pour la première fois en Droit coutumier et sur le terrain purement fiscal se posa la question du caractère du partage. Les avocats des seigneurs cherchèrent à démontrer que le partage, comme l'aliénation, devait subir cet impôt. Ils rappelèrent le caractère translatif du partage entre cohéritiers dans le Droit romain et ils se retranchèrent derrière les théories des jurisconsultes romains. Ainsi après une longue période où diverses solutions relatives au partage avaient prévalu sans qu'on eut eu à s'occuper du caractère de cet acte, à une époque où d'ailleurs les questions se résolvaient par les armes et non par la science, on vit reparaître la question du caractère du partage.

A cause de leur effet translatif les partages furent souvent au payement du profit de lods et rente. Jean Raynaud en donnait la raison suivante : « *Quia divisio similis est permutationi et imo propria permutatio est, de illa permutatione datur laudimium* ». Ainsi pour justifier l'impôt de lods et rente perçu à l'occasion d'un partage on fit ressortir le caractère que les Romains attribuaient à cet acte. « Le Droit romain, qui avait tant de fois combattu dans les rangs des légistes au profit des rois et des vi-

lains, désertait pour passer à l'ennemi ; le trait se retournait contre la main qui l'avait lancé » (1).

Les légistes s'efforcèrent de justifier une solution contraire favorable aux vassaux. D'après eux, le partage contenait une aliénation d'une nature particulière qu'il ne fallait pas soumettre aux principes généraux du droit. A cause de leur culte pour les théories du Droit romain et de leur science profonde des Pandectes, les jurisconsultes du ^{xvi}^e siècle n'osèrent pas dire que le partage n'était pas une aliénation, ils se contentèrent d'affirmer la nécessité de cette aliénation et d'en déduire l'exemption du droit de lods et rente : « Indistincte nihil debetur domino, dit Dumoulin, quia est alienatio necessari » (2). Tel fut le système soutenu par tous les jurisconsultes de l'époque, notamment par l'adversaire de Dumoulin, d'Argentré : « Et si omni divisioni insit alienatio, tamen cum ea necessaria sit, nulla addentur laudimia » (3).

A l'époque de la féodalité on s'était peu préoccupé de mettre les solutions qui prévalaient d'accord avec les principes du droit : les armes servaient à trancher des questions que la science juridique seule aurait dû résoudre. Mais lorsqu'au sortir de la féodalité, le Droit devint l'étude préférée des esprits cultivés, on voulut expliquer et justifier les solutions que la pratique, généralement hostile aux seigneurs, avait fait prévaloir. Seule l'histoire aurait pu faire découvrir l'origine et les raisons des solutions admises, mais, comme le dit M. Championnière : « l'histoire à cette époque était dédaignée et rejetée ; aux causes

(1) Liégeard. *Op. cit.*

(2) Dumoulin. *Traité de Fiefs*, § 33, glos. 4, n° 69.

(3) D'Argentré. *De laudimiis*, § 53.

réelles et véritables des coutumes, les juristes substituaient alors les textes du Code et du Digeste, nos maximes coutumières devaient toutes avoir leur source dans les décisions de Paul ou d'Ulpien » (1).

Plusieurs juristes reconnaissant, conformément à la théorie romaine, que le partage contenait une aliénation, assimilaient le partage d'une hérédité au partage du droit d'emphytéose. L'aliénation de ce dernier droit était défendue par la loi 3 du Code, *de Jure emphyteutico*, mais le partage en était licite comme acte nécessaire malgré la prohibition d'aliéner. Ce raisonnement fut étendu de l'emphytéose aux fiefs. « *Quia est alienatio necessaria* », tel était le mot de ralliement de la plupart des légistes qui combattaient en faveur de l'exemption des droits fiscaux. « Cette théorie, émise à propos de l'emphytéose, s'appuyait sur les arguments obligés de l'époque, à savoir des citations malencontreuses du Digeste et du Code. Elle reposait aussi sur cette considération que les cohéritiers ne peuvent être maintenus, malgré eux, dans l'indivision, principe recueilli et consacré par l'article 815, Code civil » (2).

La faveur de cette théorie fut telle qu'au XVIII^e siècle, longtemps après que le principe de l'effet déclaratif du partage avait été admis, Pocquet de Livonnières s'en servait encore pour expliquer l'immunité dont jouissait le partage au point de vue fiscal (3).

D'autres légistes fondèrent leurs explications sur l'absence de transmission de propriété opérée par le partage

(1) Championnière. *Op. cit.*, p. 421.

(2) Liégeard. *Op. cit.*

(3) Pocquet de Livonnières. *Traité des Fiefs*. III. ch. vi, sect. 6.

et invoquèrent à cet effet deux textes romains, l'un aux Institutes et l'autre au Code. Au titre : *de heredum qualitate et differentia*, Livre II, t. XIX, § 2, les Institutes disaient en parlant des *heredes sui* : « *Vivo quoque patre quodam modo domini existimantur* », et la loi 11, au Code, livre VI, t. 26, *de impuberum et aliis substitutionibus*, il était dit : « *Cum et natura pater et filius eadem esse persona pene intelligantur.* » S'appuyant sur cette absence de transmission de propriété, de changement de propriétaire, les légistes concluaient à l'affranchissement des successions et du partage au point de vue fiscal.

Tous les jurisconsultes étaient d'accord pour admettre que le partage devait être affranchi de tout droit fiscal (1). Leurs explications, cependant, étaient loin d'être satisfaisantes et les textes romains invoqués se trouvaient souvent en contradiction avec les principes du droit coutumier. Ainsi seuls les partages héréditaires jouissaient de l'immunité fiscale et cependant les lois romaines ne faisaient aucune distinction entre les différentes espèces de copartageants. (Loi II. Dig. *Com. dividundo*). De plus, ainsi que Barthole en avait fait la remarque, les jurisconsultes romains ne voyaient dans le partage un acte nécessaire que pour le défendeur à l'action en partage et cependant nos anciens légistes accordaient l'immunité à toutes les parties indistinctement. Enfin, pour montrer l'inexactitude de la théorie qui s'appuyait sur la nécessité de l'aliénation opérée par le partage, il suffit de faire remarquer que l'expropriation forcée, qui donnait lieu à une aliénation

(1) Consulter Valin. *Coutume de La Rochelle*, t. I. *Des Fiefs*, nos 152 et suiv.

nécessaire, était néanmoins soumise aux droits de mutation.

Aussi, ces explications, qui soulevaient d'incessantes objections, finirent par faire place à une théorie qui fut l'œuvre des praticiens. Ceux-ci ne s'abusant pas sur la véritable origine de l'exemption du droit de lods et vente, poussèrent plus loin l'œuvre de réaction des légistes. Aux prétentions des seigneurs, les praticiens, peu versés dans les subtilités du droit romain, opposèrent, non pas des textes de lois romaines, mais une dénégation énergique : de ce que les aliénations étaient soumises à des droits de mutation et de ce que le partage en était exempté, ils conclurent que cet acte ne contenait pas d'aliénation. Cette conclusion leur fut inspirée par leur désir de faire dépendre les solutions de toutes choses des besoins de leur temps. Les praticiens essayèrent de justifier leur théorie de la manière suivante : Quand une succession s'ouvre au profit de plusieurs héritiers, chacun d'eux est appelé à recueillir l'universalité de cette succession si les autres cohéritiers renoncent ; si cette renonciation a lieu, le seul héritier acceptant recueille tout, non par droit d'accroissement, mais par non décroissement. Lorsque tous les héritiers acceptent, chacun d'eux reçoit par le partage un lot composé de biens auxquels ses cohéritiers sont censés avoir renoncé ; il y a non décroissement à l'égard de ces biens. « Cette prétendue renonciation, dit M. Liégeard (1), émanée d'héritiers qui ont déjà accepté et qui, parlant, ne peuvent plus abandonner leurs droits sans consentir une aliénation, n'était à proprement parler qu'une fiction. Néanmoins, sur cette fiction se développa, dans le mys-

(1) Liégeard. *Op. cit.*

tère du palais, l'effet déclaratif du partage ». Cette théorie de praticiens forma, dans l'ancien Droit, ce que Valin appelle une loi arbitraire ou de convention, sujette à altération suivant le changement des temps et ne pouvant former que des vérités respectives.

Jurisconsultes et praticiens étaient d'accord pour admettre l'affranchissement du partage, mais ils étaient en dissidence sur la cause de cette immunité.

Le partage, qui, jusqu'à l'apparition de la théorie des praticiens, était considéré comme une aliénation nécessaire, perdit ce caractère au point de vue fiscal. Pendant longtemps, il fut considéré comme un contrat mixte et reçut même la dénomination de *contractus mixtus* qu'il conserva longtemps encore après le triomphe de la doctrine nouvelle qui fut d'abord restreinte aux rapports des seigneurs avec les vassaux ; à l'égard de tous autres, le partage était considéré comme un acte translatif de propriété.

La question de la nature du partage qui, pendant longtemps, resta renfermée dans les limites du Droit féodal et du Droit fiscal, et qui, dans ces limites, ne fut jamais nettement posée, fit irruption dans le domaine du Droit civil à propos du retrait lignager. C'est sur ce nouveau terrain que la lutte s'engagea entre les romanistes et les praticiens. On se demandait si le partage donnait lieu à l'exercice du retrait lignager ; l'affirmative n'était pas douteuse, si, comme le soutenaient les romanistes, le partage contenait une aliénation ; la solution contraire était défendue par les praticiens, et le principal argument qu'ils faisaient valoir était celui-ci : « *divisio non est alienatio* » (1).

(1) Glissanée. *Commentaire de la coutume de Bourgogne*.

Une fois la question de la nature du partage sortie des limites du Droit féodal et du Droit fiscal, toutes les questions qu'elle soulève encore aujourd'hui se posèrent aux juriconsultes de l'ancien Droit.

Ainsi on se demanda si les droits réels grevant un immeuble du chef d'un des copropriétaires étaient opposables, comme en Droit romain, au copartageant dans le lot duquel se trouvait l'immeuble hypothéqué. De même se posa la question de savoir si la saisie féodale pratiquée par un seigneur sur la part indivise d'un cohéritier dans un immeuble héréditaire était valable lorsque l'immeuble était, par le partage, attribué à un autre cohéritier. Malgré l'influence du Droit romain, les praticiens et certains juriconsultes décidaient que l'hypothèque et la saisie féodale étaient nulles dans les hypothèses précédentes, parce que l'action en partage intentée postérieurement à la constitution de l'hypothèque et à la saisie les laissait en suspens et que leur validité dépendait de l'issue du partage. Ces décisions étaient fondées sur la nouvelle doctrine qui avait fait des progrès rapides sur l'ancienne.

Le principe de l'effet déclaratif du partage étant reconnu et proclamé en Droit civil, les juriconsultes émirent diverses théories pour l'expliquer et le justifier, de même que leurs prédécesseurs avaient vainement tenté d'expliquer scientifiquement l'affranchissement du partage au point de vue fiscal.

A partir du ^{xvi}^e siècle le partage ne fut plus considéré comme une aliénation nécessaire ; on l'envisagea comme un acte opérant une subrogation réelle ; c'est ce qui ressort de la définition suivante de Coquille : « le partage est un expédient par lequel à chacun de ceux qui ont part en plusieurs choses communes par indivis sont attribuées une

ou plusieurs pièces divises et séparées qui soient de semblable valeur qu'était la portion indivisée en subrogeant l'une au lieu de l'autre » (1). La doctrine dominante fut alors que le partage était simplement le remplacement d'une part indivise et indéterminée par une part divise séparée et que, par cet acte, les copartageants cherchaient à faire déterminer ce qui leur était dû et non à acquérir.

La nouvelle doctrine fut peu à peu accueillie par les jurisconsultes, sauf par Dumoulin qui disait avec dédain en parlant des solutions des praticiens : « *ita servitur in practica* ». Il soutint avec vigueur l'application des principes romains ; il en fut même le dernier défenseur en ce qui concerne la nature du partage ; à l'appui de sa théorie il rappela la tentative infructueuse du jurisconsulte Trébatius.

Dans une partie de ses œuvres, Dumoulin avait, il est vrai, admis que le partage ne devait pas être soumis aux droits de mutation ; cette décision pourrait paraître en contradiction avec le caractère translatif qu'il attribuait au partage, si on ne se rappelait qu'il était l'adversaire de la féodalité et comme tel enclin à admettre tout ce qui était de nature à porter atteinte aux droits seigneuriaux : pour justifier l'affranchissement du partage il invoquait la nécessité de cet acte.

Sur le terrain du Droit civil, Dumoulin recouvrait toute sa liberté qui, sur le domaine fiscal, était paralysée par ses passions antiféodales. Il lutta contre la jurisprudence et la pratique qui sanctionnaient une théorie qu'il ne pouvait concevoir et dont il apercevait par avance l'immense portée et il s'efforça de faire prévaloir la doctrine des jurisc-

(1) Coquille. *Sur la coutume de Nivernais, tit. des Fiefs*. art. 24.

sultes romains. L'hypothèque étant un *jus in re*, s'étendant sur la chose indivise, Dumoulin décidait que le débiteur ne pouvait la faire disparaître ni par une aliénation volontaire, ni par une aliénation forcée telle que le partage. Il admettait le maintien de l'hypothèque et la validité de la saisie féodale, quoique l'immeuble grevé ou saisi fût, par le partage, tombé dans le lot d'un cohéritier autre que le débiteur. Reprenant l'hypothèse de Trébatius, il déclarait que si un communiste avait légué l'usufruit de sa part indivise, le légataire, après le partage entre l'héritier du testateur et l'autre communiste, avait l'usufruit, non pas de la part échue à l'héritier, mais de la moitié indivise du fonds, car l'usufruitier a un droit réel. « Dumoulin fit une bonne et vigoureuse résistance à l'introduction de la règle nouvelle; sa religion pour le Droit romain soutenait son courage » (1).

Ses efforts pour combattre la nouvelle doctrine et restaurer la conception romaine sur le caractère du partage demeurèrent sans résultat. La jurisprudence entra résolument dans la voie nouvelle indiquée par les praticiens : quatre arrêts du Parlement de Paris de 1569 à 1595 décidèrent que les hypothèques constituées pendant l'indivision par l'un des cohéritiers ne subsistaient pas, après le partage, sur les biens compris dans les lots de ses cohéritiers. Doumoulin, d'ailleurs, modifia son opinion et finit par dire : « *divisio non est proprie alienatio, sed portio-
« num attributio et primariæ acquisitionis executio : hinc
« dicitur alinatio necessaria* » (2).

« La résistance de Dumoulin, dit M. Championnière, fut

(1) Liégeard. *Op. cit.*

(2) Dumoulin. *Tit des Censives*.

le dernier soupir du système romain dans la France coutumière : Bacquet, Coquille, Chopin l'abandonnèrent ; des arrêts nombreux suivirent celui qu'avaient indiqué les adversaires de Dumoulin ; lui-même, par ses opinions ultérieures, s'écarta de sa doctrine ; Mornac, en commentant la loi 7. *Quib. mod.* la déclara morte ; une dissertation de Louet fut son tombeau et depuis on n'en a plus parlé ».

Dès la fin du xvi^e siècle le principe de l'effet déclaratif du partage fut adopté presque universellement. Au xvii^e siècle, Ferrière, dans ses notes sur la coutume de Paris, l'avocat général Talon, en 1650, devant le Parlement de Paris (1) et Lebrun (2) professèrent la doctrine nouvelle. Seul Domat fit exception en reconnaissant au partage le caractère soit d'une vente, soit d'un échange.

Diverses théories furent alors émises pour justifier le caractère déclaratif reconnu au partage.

D'après une théorie soutenue par Hervé dans son traité des matières féodales (3), le partage n'était pas translatif parce qu'il consistait non pas dans une acquisition de la part indivise des autres copartageants, mais dans une renonciation consentie par ces copartageants. Cette théorie des renonciations respectives des communistes ne justifiait pas la nature purement déclarative du partage, car comment comprendre ces renonciations à un droit acquis, autrement que comme des cessions de ce droit. De plus cette doctrine n'expliquait pas l'anéantissement des droits

(1) En 1650, sur les conclusions de l'avocat général Talon, il fut décidé qu'une licitation ne donnait pas lieu au retrait lignager. (Voir Brodeau, sur l'art. 154.)

(2) Lebrun. *Succ.* IV, ch. I, n^o 21.

(3) Hervé. *Tr. des Mat. féodales*, t. III, p. 41.

réels consentis pendant l'indivision : une renonciation, de même qu'une aliénation, ne peut nuire à ceux auxquels des droits réels ont été conférés.

Lebrun rattachait l'effet déclaratif du partage au principe de la saisine héréditaire : « Cette maxime, disait-il, dépend d'une autre qui est fondamentale dans la matière des successions, que le mort saisit le vif, son plus prochain héritier, habile à lui succéder ; car, comme cette maxime s'entend de tout ce qui arrive à chaque héritier, dont il est censé saisi, il faut nécessairement donner au partage un effet rétroactif et tenir l'héritier partagé du moment du décès, de tout ce qu'il a dans l'événement du partage. Or, cela étant ainsi, toutes les hypothèques des créanciers particuliers de l'héritier se réduisent nécessairement sur son lot de partage, et elles ne gâtent point ceux de ses cohéritiers » (1). Cette explication ingénieuse avait l'inconvénient de ne s'appliquer qu'au cas d'indivision créée par l'ouverture d'une succession et non à tous autres cas de propriété indivise.

Louet donne une autre explication : il expose ainsi sa théorie que l'on peut dénommer théorie de la propriété à terme ou sous condition, *cum onere divisionis* : « Qui « rem pro indiviso possidet non est dominus incommutabilis ; rei certæ aut corporis certi non est nisi cum « onere divisionis » ; c'est pourquoi il ne peut vendre, aliéner et hypothéquer qu'avec la condition du partage et division, condition qui est assez déclarée au créancier *ex eo*, qu'il stipule son hypothèque sur une chose possédée par indivis. Or, en ces termes de droit, comment se peut-il faire que celui qui n'est *dominus* qu'avec cette condi-

(1) Lebrun. *Tr. des successions*, IV, ch. I, n° 36.

tion de partage et division puisse hypothéquer ou aliéner sa part de l'héritage commun, tout ainsi que s'il le possédait purement et simplement et eut sa part à divis, et s'il en était le seigneur absolu ; et ce faisant qu'il transfère au créancier plus de droits que lui-même n'en peut prétendre » (1).

Enfin d'après Brodeau, Henrys, Pothier et les praticiens en général, le partage est un acte déterminatif : leur théorie est celle de la déclarativité ; chaque communiste a sur les biens indivis un droit indéterminé que le partage a pour but de déterminer : « Le partage, dit Pothier, n'est pas considéré comme un acte d'acquisition par lequel chaque cohéritier acquiert de ses cohéritiers les portions indivises qu'ils avaient avant le partage dans les effets qui lui sont assignés pour son lot, mais c'est seulement un acte déterminatif des choses auxquelles chacun des cohéritiers, qui n'était qu'héritier en partie, succède, n'ayant pu succéder à toutes, mais seulement à celles que lui assignerait un jour le partage que la nature de l'indivis de la succession exigeait » (2).

Denisart a résumé ainsi la dernière théorie de l'ancien Droit sur les effets du partage : « Divisio nullum jus attribuit, sed quæsitum distinguit » (3).

« Unité de formule, multiplicité de théories, dit M. Tillard, telle apparaît la fiction française de l'effet déclaratif du partage » (4).

Telle est l'histoire de l'effet déclaratif du partage créé

(1) Louet. *Rec. d'arrêts*, II. XI, n° 2.

(2) Pothier. *Successions*, ch. IV, art. 5, § 1^{er}.

(3) Denisart. *Coll. de décisions nouvelles. Partage*, n° 72.

(4) Tillard. *Op. cit.*, p. 299.

surtout en haine du fisc et du seigneur haut justicier. Ce rapide aperçu suffit à montrer les pénibles efforts faits par les praticiens dans l'ancien Droit coutumier pour adapter le droit aux nécessités de l'époque féodale ; le but visé était l'exemption du droit de lods et vente ; la théorie du partage déclaratif ne fut qu'un moyen pour justifier cette immunité. Les légistes du xvi^e siècle, après quelques hésitations, finirent par approuver ce détour juridique contraire aux traditions romaines et aux principes fondamentaux du droit ; leurs successeurs, oubliant l'origine de la nouvelle doctrine, voulurent l'expliquer rationnellement, mais il suffit de remarquer le grand nombre d'explications proposées pour s'apercevoir que le principe qu'ils défendaient était sans fondement juridique.

Cette nouvelle doctrine fut étendue à la licitation. Dans l'ancien Droit, lorsqu'un fief était impartageable, il était permis de le liciter. Les seigneurs autorisaient et même encourageaient ces licitations, parce qu'elles empêchaient le morcellement de la propriété à une époque où la constitution toute particulière de la propriété territoriale était l'une des bases de l'organisation sociale. Mais lorsque les institutions féodales se modifièrent, lorsque, de militaires qu'elles étaient à l'origine, elles prirent un caractère essentiellement pécuniaire, les seigneurs crurent voir dans l'immunité fiscale dont jouissaient les licitations, une fraude à leurs droits et ils voulurent exiger les droits de lods et vente pour ces opérations. Leur prétention fut consacrée par l'article 55 de l'ancienne coutume de Paris : « la licitation au profit d'un cohéritier est une vente pour le tout ». La licitation étant assimilée à la vente était soumise aux droits seigneuriaux.

Les légistes, en général, peu disposés à servir les inté-

rêts pécuniaires des seigneurs, opposèrent une vive résistance à leurs prétentions et démontrèrent que la licitation était un mode de partage et que, comme telle, elle devait être exempte de tout impôt. Dumoulin, en particulier, toujours plein de vigueur et d'adresse lorsqu'il s'agissait de battre en brèche la puissance féodale, démontra que la licitation n'est pas un contrat distinct, mais une conséquence du partage, *executio et finis divisionis*. « Divisio
« vel assignatio postea inter eos secuta non videtur esse
« nova mutatio, nec translatio in aliam manum, sed
« consolidatio in unum ex eis quæ inter eos quibus est
« res communis permittitur » (1). Le droit de lods et vente ne devait pas être perçu parce qu'il n'y avait pas mutation d'homme. Plus tard, Dumoulin fonda l'immunité fiscale sur ce fait que la licitation, comme le partage, est un acte nécessaire : « Et licet in divisione res tota uni adjudicetur, tamen principalis intentio dividere, et illa assignatio incœpit, et dependet a causa necessaria divisionis » (2). Toutefois Dumoulin hésitait à admettre toutes les conséquences du principe qu'il avait posé et faisait des distinctions ; selon lui, l'exemption des droits seigneuriaux ne devait avoir lieu que lorsque la licitation avait été précédée d'un partage, pour la part seulement de l'adjudicataire dans le bien licité et à condition qu'aucun étranger n'ait été admis à enchérir.

Grâce à l'influence des jurisconsultes qui succédèrent à Dumoulin et grâce à celle des Parlements, ces distinctions subtiles disparurent une à une. L'article 80 de la *Coutume*

(1) Dumoulin. Com. sur l'art. 33 de la *Cout. de Paris*, glos. 1. (*Op.* Paris, 1681, t. I, p. 407.)

(2) Dumoulin. *Titres des Fiefs*, gl. 1, n° 69.

réformée de Paris (1580), porte : « Si l'héritage ne se peut partir entre cohéritiers et se licite par justice sans fraude, ne sont dues aucunes ventes pour l'adjudication faite à l'un d'eux, mais s'il est adjudgé à un étranger, l'acquéreur doit vente. »

Le système de Dumoulin qui avait pour base la nécessité de l'aliénation et de la licitation, ne fut pas admis par la pratique qui refusa toujours de voir une aliénation dans le partage. La pratique accepta l'exemption des droits fiscaux sans pouvoir le plus souvent la justifier.

Coquille voulut expliquer l'immunité dont jouissait la licitation. D'après lui, cette opération était : « un expédient inventé par la loi et subrogé par nécessité au lieu de partage, pour faire que la chose ne soit plus commune, bien qu'en tel cas il y ait mutation d'homme quand le total est adjudgé à l'un des copartageants. »

Enfin, suivant Pothier « la licitation tient lieu de partage et n'est autre chose, de même que le partage, qu'un acte dissolutif de communauté » (1).

Par ce rapide aperçu des théories de nos anciens jurisconsultes sur le caractère de la licitation, nous voyons que cette opération était assimilée au partage et était comme lui déclarative et non translatrice de droits comme semble le faire croire la réalité des choses.

Le principe de l'effet déclaratif du partage fut appliqué non seulement pour le cas où les héritiers étaient seuls admis à surenchérir, mais aussi à la licitation où les étrangers pouvaient se porter enchérisseurs.

Au point de vue du Droit civil et en dehors de toute

(1) Pothier. *Tr. de la Vente*, n° 638.

considération fiscale (1), on peut dire que la licitation et le partage avec soulte furent, au XVIII^e siècle, soumis à la règle de l'effet déclaratif du partage. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les développements que Pothier y consacre dans son *Traité de la Vente*, n^o 638. Dans l'ancien Droit coutumier, la question de la nature du partage se posa sous deux aspects différents : en droit fiscal et en droit civil. Malheureusement, ainsi que nous l'avons vu par l'histoire de cette question, les anciens légistes et surtout les praticiens, ne surent pas suffisamment dégager ces deux points de vue et leurs théories se ressentent de cette absence de distinction de deux parties du droit bien différentes.

La théorie de l'effet déclaratif du partage et de la licitation, introduite dans notre ancienne jurisprudence, principalement en vue de soustraire les partages aux droits féodaux et de les délivrer des entraves du système romain, n'a pas été le fruit d'une conception *à priori*, déduite des principes essentiels du Droit : là est la cause des opinions diverses émises par les anciens jurisconsultes pour y justifier la nouvelle doctrine. Ces différents systèmes font suffisamment comprendre les difficultés rencontrées par les légistes et les praticiens pour édifier et consolider une

(1) La licitation et le partage avec soulte et retour de lots, soumis à l'origine aux droits de lods et vente, en furent affranchis par l'art. 113 de la *Coutume d'Orléans*. Mais au XVIII^e siècle, quand fut établi l'impôt du centième denier l'impôt fut appliqué à la licitation et aux partages avec soultes et retours de lots sous déduction toutefois dans le calcul de la somme à percevoir, de la portion appartenant déjà à l'adjudicataire ; pour le partage avec soulte, l'impôt n'était perçu que jusqu'à concurrence de la quantité de biens dont la soulte représentait le prix.

théorie en contradiction avec les institutions romaines et contraire aux principes fondamentaux de la science juridique.

B. — *Pays de Droit écrit.*

Les pays de Droit écrit ne connurent pas la transformation que subit le partage, quant à sa nature, dans l'ancien Droit coutumier.

Dans le Midi de la France, la théorie du caractère translatif du partage se maintint, et si l'immunité fiscale y fut admise, ce fut à l'aide du principe de la nécessité de l'aliénation opérée par le partage. Seul l'article 133 des Statuts de Montpellier faisait exception en décidant que les lods étaient dus pour raison des deniers de la soulte.

Les pays de Droit écrit repoussèrent les décisions des pays coutumiers au sujet des hypothèques et des autres droits réels consentis pendant l'indivision; ils ne pouvaient admettre des décisions reposant sur le caractère déclaratif attribué au partage, leur législation ayant pour base le Droit romain qui avait sur cette question des théories opposées à celles des pays coutumiers : « A l'égard des Parlements du Droit écrit, dit Bretonnier, je n'ai point vu d'auteur qui ait traité cette question, mais j'ai de la peine à croire que la même jurisprudence y soit observée, parce que, suivant la disposition du Droit romain, il est dit expressément que le partage entre cohéritiers ne change point l'hypothèque des créanciers » (1).

(1) OEuvres d'Henrys. L. VI, ch. v. *Quest.* 37, III, p. 849.

Le peu de renseignements que nous possédons sur cette question relativement aux pays de Droit écrit ne nous permet pas de dire si le principe de l'effet translatif du partage y fut toujours appliqué dans son intégralité ; peut-être cette règle y fut-elle battue en brèche dans les cas où les jurisconsultes romains avaient gardé le silence, mais ce que nous pouvons affirmer, c'est que le principe romain fut toujours la règle.

SECTION III

D'APRÈS LE CODE CIVIL

•

C'est en cet état que les rédacteurs du Code civil trouvèrent la législation lorsqu'ils ont abordé la question qui nous occupe. Ils ont adopté presque sans discussion la théorie de l'ancien Droit coutumier et c'est à Pothier qu'ils ont emprunté leur formule. Pothier disait : « Chaque héritier est censé avoir seul succédé immédiatement au défunt, à tous les effets compris dans son lot et n'avoir succédé à aucun de ceux compris dans le lot de ses cohéritiers » (1). L'article 883 du Code civil est ainsi conçu : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. » Ces deux textes expriment la même théorie.

(1) Pothier. *Traité des successions*, ch. iv, art. 5.

Les travaux préparatoires nous offrent peu de documents sur les discussions que la nature du partage a pu soulever dans les différentes assemblées chargées d'examiner le projet de Code civil. Dans les discussions du Conseil d'Etat nous ne trouvons aucun document se rapportant à l'article 883. Nous ne possédons que le rapport de M. Chabot chargé de présenter le titre des successions au Corps législatif. « Le partage, est-il dit dans ce rapport, a pour objet de faire cesser l'indivision et d'attribuer à chaque cohéritier la portion à laquelle il a droit sur la masse commune. Il n'est question dans un partage que de distribuer à chacun la juste valeur de ce qui lui appartient et de ce qu'il possédait auparavant par indivis. Ce n'est pas affaire de négoce ni de commerce : il n'y a de part ni d'autre ni vente, ni échange ; tout consiste à régler divisément la portion dont chacun était déjà propriétaire dans la masse indivise. »

On peut dire que le principe de l'effet déclaratif du partage passa sans bruit des œuvres de Pothier, inspirateur de notre législateur de 1804, dans notre Code.

Certains auteurs reprochent aux rédacteurs du Code, en conservant ce qu'ils trouvaient établi, d'avoir plutôt suivi l'impulsion de la coutume que la force du raisonnement. « C'est à la majorité des arrêts et des voix, dit M. Championnière, et non à l'examen judiciaire du faux et du vrai que le système admis doit le baptême qui l'a fait loi. »

Ce reproche n'est peut-être pas mérité. La théorie de l'effet déclaratif du partage a été adoptée à cause de ses avantages pratiques. « Une cause, dit M. Liégeard, en l'an XII se produisait qui certes eut donné naissance à la règle si la règle n'eut pas existé. En effet, on sortait à peine des terreurs de la Révolution ; à peine se réveillait-

on de ce long rêve de sang de 93. On entendait encore l'écho des voix qui appelaient vol la propriété, qui traitaient la famille d'accident; il s'agissait de raffermir sur leurs bases la famille et la propriété. Or, à cet instant deux systèmes se présentent : l'un, passé depuis longtemps à l'état de lettre morte, qui sacrifie à la rigueur de sa logique l'intérêt des familles et la tranquillité des copartageants : c'est le système romain; l'autre, plein de vie et de jeunesse qui, en faisant rétroactivement tomber toutes les charges réelles consenties durant l'indivision, prévient les recours entre parents et ferme la porte aux procès, en assurant l'union de la famille et la sécurité des partages : c'est le système coutumier. Il n'y avait pas à hésiter. Les rédacteurs donnèrent la préférence au dernier, non parce qu'ils le trouvaient établi, mais parce qu'il leur a semblé le meilleur » (1).

SECTION IV

ETENDUE D'APPLICATION DE LA FICTION CONTENUE DANS L'ARTICLE 883, CODE CIVIL.

Après avoir retracé l'histoire du partage et de son effet, il faut chercher à en découvrir le caractère véritable dans notre Droit actuel. Il importe de savoir si le principe de l'effet déclaratif a, dans notre Code, la même généralité que dans l'ancien Droit. Faut-il restreindre la portée de la règle contenue dans l'article 883 à l'hypothèse même que

(1) Liégeard. *Op. cit.*

cet article paraît uniquement prévoir, c'est-à-dire aux rapports entre les communistes ou entre ceux-ci et les ayants cause des autres communistes ? Doit-on, au contraire, faire de cette disposition un principe général et absolu, régissant toutes les matières du Droit civil, alors même qu'on ne serait pas dans l'hypothèse en vue de laquelle la règle a été établie ?

Les travaux préparatoires ne nous fournissent aucun renseignement sur l'étendue d'application de l'article 883 et ce n'est pas le texte de cet article qui peut nous donner la réponse à la question que nous avons à résoudre. Le législateur semble avoir laissé à d'autres le soin de préciser la portée de l'article 883. Faut-il lui reprocher de ne pas avoir à ce sujet nettement exprimé sa volonté ? Nous ne le pensons pas et notre opinion est conforme à la méthode d'interprétation des textes préconisée par M. Meynial. « En ne donnant pas de solution à une question déterminée, lors de la rédaction, dit cet auteur, le législateur, ou bien ne l'a pas prévue, et alors comment serait-on lié par une opinion qu'il n'a pas pu avoir, ou bien, l'ayant prévue, ne l'a pas tranchée, parce qu'il ne la jugeait pas assez élucidée, et a ainsi entendu soumettre sa solution aux essais, aux expérimentations de la coutume » (1).

Lorsqu'en effet le Corps législatif édicte une prescription, pose une règle de droit, il ne peut et il ne doit pas chercher à prévoir les différentes hypothèses que cette disposition pourra et devra régir. Tout code demande à être concis et bref. Il en doit être ainsi pour toutes les matières du Droit civil. C'est à la doctrine d'interpréter et à la jurisprudence d'appliquer ou de rejeter une disposition

(1) M. Meynial. *Note sous Paris*, 20 février 1891, S. 93. 2. 161.

dans une hypothèse donnée ; toutes deux changent, évoluent et doivent savoir se plier aux nouvelles tendances, tout en respectant le texte de la loi et en ne s'écartant jamais des principes fondamentaux du droit. Il faut souvent longtemps pour découvrir la véritable portée d'une disposition légale ; lorsqu'une loi est votée, on est trop enclin à en exagérer la portée : seuls le temps et les discussions entre jurisconsultes peuvent en faire connaître l'étendue. C'est, pensons-nous, ce qui s'est produit pour la disposition de l'article 883.

« Lorsque les rédacteurs de notre Code, dit M. Demolombe, ont décrété dans l'article 883 cette règle du partage déclaratif, ils ne se sont pas beaucoup préoccupés de la question de savoir quelle en serait l'influence sur les différentes matières du Droit civil et sur les divers ordres d'intérêts qui peuvent se trouver engagés dans un partage » (1).

Le législateur n'ayant tenté aucun effort pour coordonner et agencer la conception nouvelle sur le caractère du partage avec les principes divers de toutes les matières dont elle peut recevoir le contact, il appartenait à la doctrine et à la jurisprudence de fixer la portée de la disposition de l'article 883 ; malheureusement diverses théories se sont produites et l'accord est encore loin de se faire entre les défenseurs des différentes opinions émises.

Deux systèmes opposés sont en présence sur cette grave question. L'un voit dans l'article 883 un principe général et absolu, devant régir toutes les matières du Droit civil : « la règle du partage déclaratif, dit M. Demolombe, plane et rayonne en quelque sorte sur la vaste étendue du domaine du Droit civil. » L'autre système voit, au con-

(1) Demolombe, *Succession*, V, n° 302.

traire, dans cette disposition une fiction devant s'interpréter restrictivement et qu'il ne convient d'appliquer que dans les cas où on se trouve dans les conditions expressément indiquées par le législateur.

Entre les deux systèmes, nous n'hésitons pas à opter pour le second. Le législateur a posé la règle de l'effet déclaratif du partage dans le titre des successions; or, ainsi que l'a justement fait remarquer M. Duquaire, « dans ce titre le législateur s'occupe du règlement de certains intérêts qui naissent et qui sont mis en mouvement par suite de l'ouverture d'une succession. Il s'agit de la conservation de la famille, de sa tranquillité, de la fixation et de la garantie de chacun de ses membres. De l'intérêt des tiers, des droits des créanciers hypothécaires, ce n'est pas le lieu d'en prendre souci, on s'en occupera plus tard » (1). Placé entre l'article 882 qui s'occupe des créanciers de chaque cohéritier et une série d'articles relatifs aux rapports des héritiers entre eux, l'article 883 semble n'avoir été écrit que pour régler les rapports entre chaque cohéritier et ses consorts ou les ayants cause de ceux-ci.

On a objecté qu'on ne pouvait invoquer en faveur du système que nous soutenons la place assignée par le législateur à la disposition relative au caractère du partage. Que l'effet déclaratif de cet acte soit plus ou moins absolu, c'est, a-t-on dit, au titre des successions que ce principe devait être posé. Nous reconnaissons que l'argument tiré de la place occupée par l'article 883, s'il était le seul, serait insuffisant pour justifier notre système; néanmoins il ne faut pas le négliger, la place assignée à l'article 883 est tout au moins une raison de douter qu'il faille étendre

(1) Duquaire. *Revue critique*, t. III, p. 846.

à toutes les branches du Droit civil le principe de l'effet déclaratif du partage.

Un autre argument en faveur de l'interprétation restrictive de l'article 883 peut être tiré du mot censé qu'on rencontre dans cet article. Ce mot éveille l'idée d'une fiction, or, il est de principe que toute fiction étant contraire à la réalité, doit être interprétée restrictivement. La même expression, il est vrai, était employée par Pothier qui voyait dans l'effet déclaratif du partage un principe général et non une fiction devant être restreinte à telle hypothèse déterminée. En conséquence faut-il voir dans l'emploi du mot censé par le législateur de 1804, comme le dit M. de Vabroger, « un legs des habitudes de langage de nos jurisconsultes anciens entraînés eux-mêmes par les habitudes des jurisconsultes romains » (1) et n'attribuer aucune importance à l'emploi d'un mot plutôt que d'un autre ? Nous ne pouvons croire que les rédacteurs du Code civil aient aveuglément employé le mot censé sans lui donner un sens précis. La formule dont ils se sont servis peut être détestable, mais il est certain qu'elle consacre une fiction, c'est-à-dire une anomalie juridique qui ne doit produire que les effets que le législateur a visés en la créant.

Il est regrettable que le législateur ait besoin de recourir au détour d'une fiction pour mettre le droit en harmonie avec les besoins sociaux : son œuvre manque de franchise et de précision ; ainsi, en employant le détour de la fiction pour poser la règle de l'effet déclaratif le législateur laisse entrevoir sa pensée : il reconnaît que la vraie nature du partage est l'échange, que cet acte ren-

(1) De Vabroger. *Revue de Droit français*, t. VII, p. 420.

ferme une translation réciproque de droits indivis, mais il n'ose poser une telle règle à cause des conséquences trop dures qui pourraient en résulter ; il la suppose dans l'article 884 du Code civil et en paralyse les effets entre communistes dans l'article précédent au moyen d'une fiction qui crée un principe contraire à la réalité ; plier ainsi le droit aux exigences sociales c'est faire œuvre d'impuissance de la part d'un législateur. Summer Maine a condamné ce procédé : « Il est généralement vrai sans aucun doute, dit-il, qu'il est indigne de nous de chercher un effet d'une utilité reconnue par un moyen aussi grossier qu'une fiction légale. Je ne puis admettre qu'une anomalie quelconque soit innocente, lorsqu'elle rend la loi plus difficile à comprendre ou à mettre en ordre. Avec les fictions, la règle de droit n'est plus que l'écorce et comme la coquille qui contient le droit nouveau caché sous l'enveloppe d'un vieux droit miné par le temps » (1).

L'article 883 consacre une fiction. C'est un point qu'on ne saurait nier. M. Laurent s'exprime ainsi à ce sujet : « L'article 883 ne dit pas que chaque héritier succède seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ; il dit que chaque héritier est *censé* avoir succédé seul. Cette expression marque une fiction ; or l'idée de fiction implique que le principe français n'est pas en harmonie avec la réalité des choses ; donc le partage n'est pas déclaratif. »

S'il en était autrement comment pourrait-on comprendre l'obligation de garantie qu'engendre le partage au profit

(1) Henry Summer Maine. Traduction de Courcelle-Seneuil : *L'Ancien Droit*.

de chacun des copartageants (article 884) ? Si chacun de ceux-ci n'a jamais eu de droit qu'aux objets mis dans son lot, il ne doit pas pouvoir, en cas d'éviction, recourir contre ses consorts pour se faire indemniser du préjudice par lui subi. Pour avoir une action en garantie contre une personne, il faut tenir de celle-ci les droits dont on est évincé. Or d'après les dispositions mêmes de l'article 883 les copartageants sont réputés tenir leurs droits du *de cuius* en cas de partage d'une succession. C'est donc contre le *de cuius* que l'action aurait dû être dirigée. Ce raisonnement montre l'exagération de la théorie qui refuse de voir une fiction dans le principe de l'effet déclaratif du partage. L'existence de cette fiction n'est pas douteuse : déjà indiquée dans le texte de l'article 883 par le mot censé, elle ressort de la disposition de l'article 884 qui donne l'action en garantie au copartageant évincé ; cette action il l'exerce contre les autres copartageants, poursuivis non comme représentants du défunt, mais comme auteurs du copartageant évincé. « Si l'on ne voyait dans le partage une sorte d'aliénation, dit M. Duquaire, comprendrait-on la garantie : si en effet l'un des héritiers n'a eu de droit qu'au lot qui lui est échu, de quoi pourrait-il se plaindre, à qui pourrait-il réclamer la garantie ? Ce ne pourrait être à ses cohéritiers qui ne sont pas ses auteurs » (1). Le principe de l'action en garantie suppose nécessairement une transmission de propriété, mais pour des raisons que nous avons indiquées le législateur répute cette transmission inexistante dans certains cas.

Ainsi le législateur de 1804 après avoir posé le principe de l'effet déclaratif du partage dans l'article 883, a, dans

(1) Duquaire. *Op. cit.*

l'article suivant consacré expressément une des conséquences naturelles du principe opposé. Que faut-il en conclure ? Doit-on dire qu'il a, dans la première disposition, posé un principe général et absolu, régissant toutes les matières du Droit civil et ne pouvant être écarté qu'en vertu d'un texte ? Faut-il au contraire considérer que l'article 883 consacre une exception au principe général et fondamental dont une des conséquences est consacrée par l'article 884 ?

Notre opinion est que la disposition exceptionnelle de l'article 883 ne constitue pas une règle dominante, par sa généralité tout le domaine du Droit civil. « La fiction de l'article 883, dit M. Duquaire, n'est pas tellement absolue, qu'elle ne puisse et ne doive recevoir des restrictions. Qu'est-ce en effet que la disposition consacrée par cet article ? c'est une innovation, innovation grave, qui a substitué une autre règle aux principes romains : ceux-ci, prenant la vérité pour point de départ et non pas la fiction, considéraient le partage comme un véritable acte de transmission ; c'était la réalité, car chaque communiste ayant un droit de toute propriété sur chaque partie, il doit y avoir nécessairement transmission par le fait de la concentration de la propriété entre les mains d'un seul » (1).

Avant le partage, en effet, les communistes se trouvaient dans des rapports juridiques de communauté ; après le partage, on constate la disparition de ces rapports et le remplacement des droits préexistants par des droits complètement indépendants les uns des autres et portant sur des parties déterminées. L'effet du partage a été de subs-

(1) Duquaire. *Op. cit.*

tituer au droit indivis un droit déterminé : cette substitution ne peut s'opérer que par des cessions réciproques que se font tous les communistes. Toutes ces cessions, ces translations de propriété indivise se font à la date du partage (1). « L'acte de partage a donc été le point d'intersection de deux époques bien distinctes, l'une ne pouvant pas plus que l'autre être effacée, aucune subtilité, aucune fiction ne pouvant faire que ce qui a été n'ait pas été » (2). Le législateur dans l'article 883, en ne tenant aucun compte de ces séries de transmission entre les copartageants méconnaît la réalité des choses ; sa conception arbitraire des effets du partage ne peut avoir la valeur d'un principe général.

La difficulté est de connaître l'étendue d'application de la fiction qui voile la réalité, car chacun selon la nature de son esprit et sa manière de voir peut faire prévaloir soit le principe, soit la fiction.

Il faut se garder de donner à la disposition de l'article 883 une extension qui ne ressort, ni de son texte, ni de son esprit. Pour déterminer la portée de la fiction, il faut se rappeler les raisons qui ont conduit le législateur à déclarer, contrairement au Droit romain, que le partage est déclaratif et non translatif de propriété. Les rédacteurs du Code ont voulu tarir une source de contestations que la consécration du principe romain eut trop souvent suscitées parmi des copropriétaires. Ce n'est pas qu'il y ait eu de la part du législateur impuissance pour connaître et apprécier le véritable caractère du partage ; mais il fallait con-

(1) En ce sens. Laurent. *Tr. de Dr. civil*, t. X, n° 395.

(2) Tillard. *Op. cit.*, p. 257.

server la fortune et la paix des familles, éviter les lenteurs et les frais des involutions de procédure (1).

La fiction de l'effet déclaratif du partage ne doit régir que les rapports des copropriétaires entre eux ou entre ceux-ci et les ayants cause de leurs consorts. Là doivent s'arrêter les effets de cette fiction qui, par cela même, qu'elle est une exception au Droit commun et une dérogation aux principes fondamentaux de la science juridique, doit être renfermée dans ses limites les plus étroites. « Quoique l'article 883 soit conçu en termes généraux, disent MM. Aubry et Rau, l'effet rétroactif qu'il attribue au partage ne doit cependant pas être regardé comme absolu. En pur Droit civil, cet article a pour principal objet de régler les rapports des cohéritiers entre eux et avec les ayants cause respectifs; et si, par la force même des choses, on doit également l'appliquer, en certains cas, aux règlements des rapports des ayants cause d'un même cohéritier, il ne semble pas qu'il puisse être étendu au-delà » (2).

L'intérêt des communistes, tel est le critérium qui doit servir à déterminer l'étendue d'application de la fiction contenue dans l'article 883. « Cet intérêt est-il en jeu? dit M. Liégeois, recourez à la maxime. Est-il sauvegardé? ne l'invoquez plus, car elle n'a plus de raison d'être : la pensée du législateur est réalisée; aller au delà serait manquer le but en le dépassant (3). » Lorsque cet intérêt n'existe pas, la fiction cesse d'être applicable; le partage, la licitation et le partage avec soulte reprennent leur vé-

(1) Duquaire. *Op. cit.*

(2) Aubry et Rau. *Dr. civil*, VI, § 625.

(3) Liégeois. *Op. cit.*

ritable caractère : il sont attributifs de propriété (1). En conséquence, la fiction de l'article 883 doit demeurer étrangère au règlement des droits respectifs de l'un des communistes et des tiers avec lesquels ils se trouvent en relation de Communauté ou de Société.

(1) Ducourroy, Bonnier et Roustain. *Comment. du Code civil*, II, n° 779; Cass., 40 novembre 1869. S. 70. 4. 5, et la note de M. Labbé.

DEUXIÈME PARTIE

DU DROIT DE COPROPRIÉTÉ SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

CHAPITRE PREMIER

PARTAGE DE BIENS INDIVIS ENTRE L'UN DES ÉPOUX ET DES TIERS

Il arrive fréquemment, lors d'un partage, qu'un des copartageants n'obtient pas dans les meubles et dans les immeubles indivis une part correspondant à celle qu'il aurait eue si les dispositions de l'article 832 Code civil avaient été rigoureusement suivies, si le partage en nature avait eu lieu pour tous les biens indivis. Il peut se faire, d'ailleurs, que par suite de convenances personnelles et d'un commun accord les copropriétaires s'attribuent des lots composés d'une manière inégale quant à la nature des biens.

Supposons que, parmi les copartageants, il se trouve un copropriétaire marié sous le régime de la communauté légale et que celui-ci, pour le remplir de ses droits sur la masse indivise, ne reçoive soit que des meubles ou des immeubles, soit des meubles ou des immeubles dans des proportions inégales, c'est-à-dire ne correspondant pas à la portion de l'un et l'autre de ces biens calculée d'après l'étendue de son droit de copropriété. Pour déterminer la part revenant à la communauté, faut-il avoir égard au résultat du partage et dire que l'époux copartageant étant censé, aux termes de l'article 883 Code civil, n'avoir jamais eu droit qu'à ce qui est mis dans son lot, la communauté profite de tous les meubles échus au conjoint copartageant et qu'elle supporte la perte que lui fait subir une attribution de meubles inférieure à celle que cet époux aurait dû recevoir? Doit-on au contraire, ne tenir aucun compte des opérations du partage et déterminer la part des biens devant tomber dans la communauté d'après la valeur comparative des meubles et des immeubles? Pour résoudre cette question il est nécessaire de faire des distinctions se référant à l'époque du partage; suivant que cet acte est antérieur ou postérieur au mariage de l'époux copropriétaire, les solutions varient.

SECTION I

PARTAGE ANTÉRIEUR AU MARIAGE

Les époux ont le droit, avant le mariage, de faire subir

à leurs patrimoines toutes les modifications qu'ils jugent convenables : ils peuvent vendre leurs immeubles pour acheter des valeurs mobilières et inversement ; ces modifications sont en principe opposables à l'autre conjoint, pourvu qu'elles soient faites sans fraude. En l'absence de contrat de mariage, la composition de la communauté est réglée d'après la consistance du patrimoine de chacun des époux au jour du mariage.

Il en résulte que le partage de biens indivis antérieur au mariage est opposable au conjoint du copartageant : pour déterminer les droits de la communauté il faut considérer la nature des biens attribués à l'époux copartageant. Sans doute celui-ci a pu consentir à prendre plus de meubles que d'immeubles ou inversement, en supposant que la masse immobilière et la masse mobilière soient d'égale valeur ; il a pu renoncer à ses droits sur un immeuble moyennant le paiement d'une soulte et obtenir ainsi une valeur mobilière au lieu d'une portion d'immeuble ; toutes ces modifications à la composition de son lot tel qu'il eût été composé si les prescriptions de l'article 832 Code civil avaient été suivies sont valables. A l'époque du mariage, au jour où la communauté prend naissance, l'époux a cessé d'être propriétaire de biens indivis ; il est titulaire d'un droit déterminé dont la nature sert à déterminer le bénéficiaire.

Cette solution qui est aujourd'hui généralement admise était autrefois combattue par Lebrun dans le cas particulier d'un partage avec soulte. D'après ce jurisconsulte, la soulte, représentant la part d'un des époux dans un immeuble indivis dont le partage avait précédé le mariage devait constituer un propre comme l'immeuble lui-même s'il eût été attribué à cet époux : « Quoique la soulte créée

avant le mariage, disait Lebrun, soit constituée dans un temps non suspect, il en faut examiner les causes et dire qu'elle est mobilière, quand elle tient lieu de meubles, et immobilière quand elle tient lieu d'immeubles » (1).

Déjà dans l'ancien Droit l'opinion de Lebrun n'avait pas prévalu ; elle était contredite par Renusson : « Au temps que le mariage a été contracté, disait ce jurisconsulte, il était véritable de dire que le conjoint auquel la soulté était due n'avait plus de part dans l'immeuble échu à son cohéritier et copartageant ; il ne lui était dû qu'une somme de deniers, qui est chose purement mobilière qui entre en la communauté ; après la dissolution de la communauté, il ne lui est dû aucun emploi, ni récompense. Cela a ainsi été jugé par un arrêt qui a confirmé une sentence rendue par le Sénéchal du Maine le 2 juin 1655 » (2).

La doctrine enseignée par Renusson fut suivie par Pothier qui décidait avec raison que pour juger si un droit attribué à l'un des époux avant le mariage est mobilier ou immobilier il faut considérer la chose qui en est l'objet et non la cause d'où le droit procède (3).

La communauté, ne pouvant prétendre de son chef à un droit quelconque sur les biens indivis partagés avant le mariage, ne doit recueillir que les objets mobiliers échus en partage à l'un des conjoints. En adoptant comme régime matrimonial la communauté légale telle qu'elle est régie par le Code civil, l'époux, qui a été rempli de ses droits de copropriété par un partage antérieur au mariage,

(1) Lebrun. *Tr. de la Communauté*. L. I, ch. v, sect. II. Dist. 1, n° 51.

(2) Renusson. *Tr. de la Communauté*. Part. I, ch. III, n° 15.

(3) Pothier. *Tr. de la Communauté*. I, nos 74 et 77.

est présumé avoir voulu faire entrer en communauté tous les meubles à lui attribués par ce partage et en exclure tous les immeubles qui sont pour lui la représentation de droits mobiliers. Dans le dernier état de l'ancien Droit, Denisart disait : « Les époux se prennent avec les biens dont ils sont possesseurs, en l'état et qualité qu'ont ces biens. C'est la qualité présente dans meuble ou immeuble qui détermine seule si la créance entre ou n'entre pas dans la communauté » (1).

Cette doctrine de nos anciens jurisconsultes a été suivie par la majorité des auteurs ; elle est notamment enseignée par MM. Rodière et Pont : « La créance d'une somme due à l'un des conjoints lors de son mariage, pour le retour d'un partage d'immeubles qu'il avait fait avec ses cohéritiers avant son mariage entre dans la communauté. Le Code civil a fait prévaloir cette doctrine ; car, d'une part, l'article 1401 fait tomber dans la communauté toutes les créances, sans distinction ni réserve, et sans permettre par conséquent qu'on en recherche la cause ; tandis que, d'autre part, l'article 1409 ne fait tomber les dettes mobilières des époux avant le mariage, que sous la réserve d'une récompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre » (2).

(1) Denisart. *Coll. de Décisions nouvelles*. Edition de 1786, § 6, n° 10.

(2) Rodière et Pont. *Tr. du Contrat de mariage*, I, n° 368.

SECTION II

PARTAGE D'UNE MASSE INDIVISE AU COURS DU MARIAGE

La masse indivise à partager peut provenir de l'ouverture d'une succession ou de tout autre fait susceptible de créer l'indivision. Nous supposerons en premier lieu qu'il s'agit d'une masse héréditaire parce que l'ouverture d'une succession est la plus fréquente des causes d'indivision. Nous présenterons ensuite quelques observations sur le droit de copropriété résultant de la dissolution d'une précédente communauté et de celle d'une société civile ou commerciale.

La masse indivise peut être composée exclusivement soit de meubles soit d'immeubles ou comprendre des biens de l'une et l'autre nature.

I. — *Masse indivise exclusivement mobilière.*

Lorsqu'une succession purement mobilière s'ouvre au profit de plusieurs héritiers dont l'un est marié sous le régime de la communauté légale, la communauté de ce dernier doit recueillir tout ce qui est attribué en partage au conjoint cohéritier. Cette solution résulte de l'article 1401, Code civil, qui signale la succession comme l'une des causes qui fait acquérir les meubles à la communauté ; elle s'applique soit que la masse indivise comprenne des

meubles corporels et des droits de créances, soit qu'elle ne comprenne que l'une de ces deux catégories de meubles. Ce principe s'applique sans difficulté si lors des opérations du partage il n'est survenu aucune complication.

Si la succession ne se compose que de meubles corporels, il faut attendre le résultat du partage pour connaître les meubles sur lesquels la communauté aura un droit exclusif et absolu ; jusqu'à ce qu'il ait été procédé au partage, le droit de la communauté est indéterminé, il porte indistinctement sur tous les meubles indivis. La communauté est subrogée à tous les droits qui appartenaient au conjoint copropriétaire. Il en résulte que le mari, chef de la communauté, peut provoquer le partage des meubles indivis, sans le concours de sa femme, alors même que ces biens proviennent d'une succession échue à celle-ci (art. 818, C. civ.).

Si la succession mobilière échue à l'un des époux ne se compose que de créances, ce qui est extrêmement rare, il n'y a pas d'indivision entre les différents héritiers, car, aux termes de l'article 1220 du Code civil, les créances se divisent de plein droit entre les héritiers ; par suite, la communauté, ayant acquis immédiatement la part de chaque créance revenant au conjoint héritier peut, dès le jour du décès du *de cujus*, réclamer aux débiteurs héréditaires le paiement d'une quote-part des créances de la succession. Sans doute un partage peut être fait pour répartir entre les héritiers les créances ; mais il n'est pas indispensable à l'exercice des droits de chacun des intéressés : un tel partage constitue d'ailleurs un échange qui ne peut rien changer aux droits de la communauté.

Lorsque la masse héréditaire comprend des meubles corporels et des créances, il faut, croyons-nous, appliquer

séparément les règles que nous venons d'indiquer; les créances se divisent de plein droit entre les cohéritiers; la communauté peut toucher directement sur chaque titre de créance une somme calculée d'après le droit du conjoint héritier; quant aux meubles corporels un partage est nécessaire.

Dans ces diverses hypothèses les droits de la communauté ne sont pas menacés par le résultat du partage, puisque cet acte, quels que soient les arrangements intervenant entre les cohéritiers, attribue forcément à l'époux copartageant un objet de nature mobilière.

Une complication peut survenir au cours du partage des meubles corporels : un des héritiers prend une part plus forte que celle à laquelle il a droit et abandonne aux autres héritiers des immeubles dépendant de son patrimoine personnel. Dans cette hypothèse, la communauté doit profiter de l'immeuble cédé au conjoint héritier : il y a échange et par subrogation l'immeuble tombe en communauté. Si la cession immobilière émanait au contraire du conjoint héritier, la communauté ne pourrait recueillir la totalité des meubles qu'à charge d'indemniser le patrimoine personnel du conjoint; la récompense due serait égale à la valeur de l'excédent sur la part revenant au conjoint.

II. — *Masse exclusivement immobilière.*

D'après les règles du Code civil sur la communauté légale, les biens que l'époux copropriétaire retire d'une masse purement immobilière doivent lui demeurer propres.

La communauté ne pouvant prétendre à aucun droit sur ces biens, il est difficile, à première vue, de comprendre comment le partage de cette masse peut mettre en conflit les droits de l'époux copartageant et ceux de la communauté.

Aucune difficulté n'existe, si le partage a lieu en nature, le conjoint intéressé dans l'indivision garde propres tous les biens immobiliers mis dans son lot.

Mais il peut arriver que les immeubles soient difficiles à partager en nature et qu'il soit nécessaire de procéder à la licitation de ces biens pour distribuer entre les copropriétaires les prix d'adjudication. Il faut encore prévoir l'hypothèse où le partage ayant lieu en nature, le conjoint copartageant a reçu une soulte pour sa part dans un immeuble indivis. Le prix de licitation et la soulte sont-ils propres à l'époux copropriétaire ? Tombent-ils au contraire en communauté comme valeurs mobilières ?

Dans l'ancien Droit, Lebrun décidait qu'il faut examiner la cause de la soulte pour juger si elle est meuble ou immeuble. « Supposé qu'elle tienne lieu d'immeuble, disait-il, il faut la juger immeuble à proportion, soit qu'elle appartienne à la femme ou au mari » (1). Lebrun, à propos de la question qui nous occupe, rejetait l'application de la règle de l'effet déclaratif du partage comme étant spéciale aux successions et opposée aux principes régissant la communauté de biens : « En cette matière, disait-il, pour juger la qualité des actions, on a égard aux causes, non aux objets de ces actions, au lieu qu'en fait de successions on ne considère que les objets de ces ac-

(1) Lebrun. *Tr. de la Communauté*, l. 1, ch. v, sect. 1. Dist. 1, n° 43.

tions, et on dit : *actio ad mobile est mobilis, ad immobile est immobilis*. Cette différence est fondée sur l'équité, étant très juste que ce qui tient lieu de meubles au conjoint soit censé mobilier et que ce qui lui tient lieu d'immeubles lui soit immeuble et propre de communauté : ce qui se vérifie dans les actions de remploi, qui, quoique mobilières dans les successions sont certainement propres à l'égard de la communauté » (1). D'après cette théorie, la soulte et le prix de licitation représentant un droit exclusivement immobilier ne doivent tomber en communauté qu'à charge de récompense au profit du conjoint héritier : la communauté exerce sur ces valeurs un droit de quasi-usufruit, elle n'en a pas le bénéfice définitif.

Cette solution fut critiquée par Bourjon et admise par Pothier.

Bourjon appliquait dans cette hypothèse la règle de l'effet déclaratif du partage et décidait que le prix de licitation et le retour en deniers représentant les droits d'un époux dans une masse purement immobilière devaient tomber en communauté d'une manière définitive et sans récompense pour le conjoint créancier de ce prix ou de ce retour en deniers, ces sommes étant des effets mobiliers ne tenant pas lieu des immeubles auxquels le conjoint cohéritier n'avait pas succédé. Ce jurisconsulte appliquait avec trop de rigueur la règle de l'effet déclaratif du partage.

Pothier, quoique partisan convaincu de la nécessité de cette maxime et défenseur intrépide de son effet absolu, en rejetait l'application dans l'hypothèse que nous examinons. C'est un des rares points de droit où, sur des questions controversées, il admet la même solution que Lebrun. Critiquant les motifs invoqués par Bourjon à l'appui de sa

(1) Lebrun, *op. cit.*

doctrine, Pothier disait : « La réponse est que ce retour n'est pas un simple effet mobilier de la succession, puisque la succession était toute immobilière et que ce n'est pas dans la bourse de la succession, mais dans la bourse particulière du cohéritier qui en est chargé, que doit se prendre ce retour. Ce retour en deniers, dont son cohéritier est chargé envers lui par le partage, doit donc passer pour une créance contre son cohéritier, mobilière à la vérité, mais qui lui tient lieu, non d'aucuns immeubles déterminés, n'ayant succédé qu'à ceux échus en son lot, mais d'un droit immobilier indéterminé, puisqu'elle tient lieu de ce qui manquait à son lot pour parfaire sa part et son droit à une succession immobilière : cette créance lui est parvenue, durant le mariage, du droit qu'il avait à une succession immobilière, et par conséquent d'un droit immobilier : elle doit donc, suivant notre principe, quoiqu'elle soit mobilière en soi, être exclue de la communauté » (1). Pothier a su montrer toute l'exagération d'une théorie qui, comme celle de Bourjon, applique aveuglément une maxime juridique sans vouloir tenir compte de la réalité des choses. La solution de Pothier, basée à la fois sur les principes du droit et sur l'équité, devait prévaloir ; son autorité fut telle qu'elle est encore généralement suivie aujourd'hui.

Il est admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que toute valeur en argent, advenant à un époux marié sous la communauté légale comme représentation de ses droits dans un immeuble indivis adjudgé à un autre copropriétaire, et à plus forte raison à un tiers, ne tombe en communauté que sauf récompense ; le prix de licitation et la soulte représentent des immeubles qui auraient constitué

(1) Pothier. *Tr. de la Communauté*, n° 100.

des propres pour l'époux ; en conséquence, ils doivent eux-mêmes rester propres ou donner lieu à récompense, la communauté ne pouvant, en effet, tirer bénéfice, soit d'un accommodement entre les copropriétaires, soit de ce simple fait que les biens indivis ne sont pas facilement partageables en nature. « S'agit-il, dit M. Demolombe, d'une soulte ou d'un prix, par suite du partage ou de la licitation d'un immeuble héréditaire, cette soulte ou ce prix de licitation représente l'immeuble lui-même pour le règlement des droits respectifs de l'époux et de la communauté » (1).

Cette doctrine écarte, à juste titre, l'application de l'effet déclaratif du partage lorsqu'il s'agit de régler les droits respectifs de l'époux et de la communauté sur une masse indivise exclusivement composée d'immeubles ; que, par suite du partage, il adienne à cet époux des immeubles ou une somme d'argent constituée par un prix de licitation ou un retour en deniers, le résultat doit être le même : tout le lot doit rester propre au conjoint copropriétaire. Sans doute, si celui-ci est rempli de ses droits immobiliers par le paiement d'une somme d'argent, cette somme se confondra avec les valeurs communes, mais il n'y aura qu'une confusion de fait ; en droit, elle sera toujours considérée comme propre, et à la dissolution de la communauté, il en sera dû récompense à l'époux du chef duquel elle provient. Telle est la doctrine généralement enseignée (2).

Nous avons supposé que l'époux était créancier d'un prix

(1) Demolombe. *Successions*, V, n° 347.

(2) Troplong. *Contrat de mariage*. Sur l'art. 1401, I, n° 444. — Toullier, XII, n° 419. — Duranton, XIV, n° 417.

de licitation ou d'un retour en deniers représentant un immeuble indivis. Que convient-il de décider lorsqu'il est débiteur de l'une de ces valeurs ? Deux solutions semblent possibles : en premier lieu, décider que les immeubles à lui adjugés sur licitation ou attribués en partage, ne lui sont propres que jusqu'à concurrence de sa part dans la masse indivise et qu'ils sont acquêts jusqu'à concurrence du prix de licitation ou du retour en deniers payé aux autres copropriétaires. On peut, en second lieu, décider que, quelle que soit l'importance des biens indivis attribués à l'époux commun en biens, ceux-ci lui restent propres et que le droit de la communauté se réduit à une récompense égale à la somme par elle versée aux autres copropriétaires. Nous préférons la deuxième solution ; admettre la première, ce serait créer un état d'indivision entre l'époux et la communauté, et c'est justement ce que le législateur paraît avoir voulu éviter en édictant la première disposition de l'article 1408 du Code civil.

III. — *Masse composée de meubles et d'immeubles.*

Lorsqu'une succession en partie mobilière et en partie immobilière a été partagée en suivant les prescriptions de l'article 832, Code civil, de façon que chaque lot comprenne des biens de l'une et l'autre nature dans des proportions égales, il est facile de déterminer les droits respectifs de l'époux copartageant et de la communauté ; il suffit d'appliquer les dispositions des articles 1401, 1^o et 1404, 1^o du Code civil : la communauté bénéficie de tous les meubles ; le conjoint héritier garde propres tous les immeubles.

De grandes difficultés, résolues diversement par les auteurs, surgissent lorsque par suite du partage les lots comprennent des valeurs tant mobilières qu'immobilières dans des proportions inégales ou des biens d'une seule nature. Une hypothèse fera comprendre ces difficultés. Une personne meurt laissant deux héritiers dont l'un est marié sous le régime de la communauté légale ; l'actif successoral se compose de 100.000 francs : 50.000 fr. de meubles et 50.000 fr. d'immeubles. Par suite de convenances personnelles et d'accord avec son cohéritier l'héritier marié prend tout l'actif immobilier et abandonne tous les meubles à l'autre héritier. Comment doivent être réglés les droits de la communauté et du conjoint copartageant ? Celui-ci conserve-t-il comme propres et sans récompense pour la communauté tous les immeubles à lui échus par le partage : étant censé, d'après l'article 883, n'avoir jamais eu droit que sur les biens mis dans son lot ? Si cette solution est exacte, il est évident que l'époux héritier retire de ce partage un bénéfice de 25.000 fr., représentant ses droits dans les meubles héréditaires dont la communauté aurait dû profiter conformément à l'article 1401, 1^o du Code civil.

La situation inverse peut se présenter en supposant que l'époux copartageant ait pris tous les meubles et abandonné à son cohéritier tous les immeubles.

Entre ces situations extrêmes il en existe d'intermédiaires. Pour la solution de la question, la quantité de l'une ou l'autre catégorie de biens excédant la part de l'époux importe peu : dans tous les cas la question doit être tranchée d'après les mêmes règles.

Est-ce d'après le résultat du partage que doivent être réglés les droits respectifs de l'époux et de la communauté ?

Doit-on au contraire déclarer que l'article 883 n'exerce aucune influence sur la composition de la communauté et est étranger au règlement des intérêts pécuniaires des époux ?

Cette question a soulevé de vives discussions tant dans l'ancien Droit que dans le Droit actuel, sans pouvoir aboutir à une solution unique. Il est d'ailleurs facile de comprendre la diversité des opinions émises à cause du lien qui unit cette question à une autre très controversée que nous avons examinée, à savoir la question relative à l'étendue d'application de l'effet déclaratif du partage.

Dans l'ancien Droit, Bourjon enseignait que tous les immeubles échus à un époux par le partage d'une masse partie mobilière, partie immobilière, forment des propres pour cet époux et que les meubles mis dans son lot tombent en communauté, sans aucune distinction. « Dans l'un et l'autre cas, disait-il, il faut, à l'égard de la communauté, s'en tenir aux opérations du partage, à moins que la fraude ne fût évidente ; autrement ce serait enter contestation sur contestation et en faire renaître une que toute une famille a éteinte par son concours » (1). Bourjon ne faisait aucune exception, pas même pour la soulte payée par un copartageant de ses deniers personnels et représentant pour le créancier de cette soulte un droit immobilier. Ce jurisconsulte faisait de la maxime de l'effet déclaratif du partage une application trop absolue.

Deux jurisconsultes, dans notre ancienne jurisprudence coutumière, soutinrent une théorie opposée à celle de Bourjon : ce sont Lebrun et Valin.

(1) Bourjon. *Le dr. com. de la France*, 2^e partie. — *De la communauté*, ch. II, sect. IV. Dist. III, nos 66-69.

Pour déterminer les droits du conjoint et de la communauté dans une succession mixte, Lebrun distinguait avec soin, comme le fit plus tard Pothier, le partage en nature pur et simple et le partage avec soulte. Nous devons commencer par exposer la solution admise par ce jurisconsulte en cas de partage avec soulte à cause de l'argument qu'il a tiré de la solution généralement admise dans cette hypothèse, en faveur de l'opinion par lui soutenue pour le cas de partage pur et simple.

« Mon sentiment est, dit Lebrun, qu'en matière de communauté il faut rechercher les causes de la soulte et qu'elle est mobilière lorsqu'elle tient lieu de meubles, et immobilière quand elle tient lieu d'immeubles. La raison est qu'on juge autrement de la qualité de meuble ou d'immeuble, tant par rapport à la communauté que par rapport à la succession et qu'il n'y a point d'autre règle en fait de communauté, pour juger cette qualité, que de considérer les causes de la dette; au lieu qu'en fait de succession on a seulement égard à l'objet de l'action, comme on fait en Normandie pour les remplois, même entre héritiers » (1).

Lebrun rejetait l'application de la règle de l'effet déclaratif du partage; n'étant point gêné par la présence de ce principe qu'il considérait comme spécial aux rapports entre cohéritiers, il recherchait ce que la soulte représente pour le conjoint héritier qui en est créancier. Si elle a pour objet de remplir le conjoint de ses droits dans la masse mobilière, elle tombe définitivement en communauté; si elle est au contraire la représentation d'un droit dans un immeuble indivis, elle n'entre dans le patrimoine commun,

(1) Lebrun. *Tr. de la Com.*, l. I, ch. v, sect. I. Dist. I, no 45.

qu'à charge de récompense au profit de l'époux copartageant.

Pour combattre cette solution très équitable et très juridique, les adversaires de la théorie de Lebrun objectaient qu'admettre une telle règle c'était créer de nouvelles difficultés pour le règlement des successions déjà si compliquées par suite de la distinction des propres de communauté et des propres de successions. Les praticiens particulièrement voulaient faire prévaloir des principes plus simples, quoique moins exacts, et manifestaient une grande prédilection pour l'application, en cette matière, de la maxime de l'effet déclaratif du partage qui les dispensait de rechercher ce que cette soulte pouvait représenter pour le conjoint copartageant. Lebrun ne se laissa pas arrêter par ces objections que la pratique pouvait avoir intérêt à soulever, mais que les principes du droit ne permettaient pas de prendre en considération.

Enfaveur de la théorie de Lebrun militait, outre l'équité, la crainte de la fraude qui était alors très commune entre conjoints. Avec le système de l'effet déclaratif du partage appliqué aux rapports entre époux, il aurait été très facile pour l'héritier marié sous le régime de la communauté légale de se constituer des propres à volonté, contrairement aux principes de ce régime matrimonial : il lui aurait suffi de prendre en partage tous les immeubles héréditaires et de payer une soulte à ses cohéritiers qui auraient pu n'avoir aucun intérêt à recevoir des immeubles plutôt que des meubles. « Cette crainte de la fraude, disait Lebrun, doit bien plus démouvoir que la difficulté de l'opération nécessaire pour distinguer en quoi la soulte tient lieu d'immeuble et en quoi elle tient lieu de meubles : ce qui se fait aisément par la voie de la ventilation. On tombe dans

le même embarras, en fait de successions, lorsque la subrogation a fait des propres, et quand par exemple celui qui était héritier des propres paternels et d'une moitié des meubles et acquêts, a eu dans le partage tous les acquêts ; car en ce cas ces acquêts lui étant propres à proportion de ce qu'il devait avoir de propres, il faudra estimer les propres paternels pour y subroger autant d'acquêts sujets au retrait et aux réserves coutumières et affectés à la ligne parternelle. Il y a ici une raison encore plus puissante et qui mérite d'autant plus d'application, c'est la crainte de la fraude qui est extrêmement commune entre conjoints ; mais quand il n'y aurait qu'un intérêt d'équité qui demande qu'on considère ici les causes des actions et des dettes, cela suffirait pour décider » (1).

La communauté, saisie à la place du conjoint héritier du droit sur les meubles et effets mobiliers, possède, à dater du jour de l'ouverture de la succession, selon Lebrun, un droit dont elle ne peut être dépouillée par un partage opéré d'une manière quelconque et notamment par un partage attribuant au cohéritier commun en biens une part plus forte dans les immeubles à charge par celui-ci de payer une soulte en deniers à ses consorts, de même qu'elle ne doit pas profiter d'une pareille soulte payée à ce conjoint héritier. Lebrun ameublissait la soulte à proportion de ce que ce conjoint aurait dû recevoir de meubles et il la réalisait à proportion de ce qu'il aurait dû recevoir d'immeubles.

La crainte de la fraude et le droit de la communauté ne devaient cependant pas, dans la théorie de ce jurisconsulte, mettre obstacle aux partages de convenance et em-

(1) Lebrun. *Op. cit.*, l. I, ch. v, sect. II. Dist. I, n° 43.

pêcher le conjoint héritier de choisir le parti le plus avantageux, notamment de se faire attribuer des immeubles au delà de sa part à charge par lui de payer une soulte à ses cohéritiers ; grâce au système des récompenses on peut respecter la liberté des conventions sans violer les principes régissant la composition de la communauté : « Si l'intérêt de la communauté ne doit pas empêcher le conjoint de choisir le parti le plus avantageux, ce doit être, disait Lebrun, sauf récompense due à la communauté » (1).

Lorsque le partage d'une succession mi-partie mobilière, mi-partie immobilière avait eu lieu sans soulte ni retour de lots, les jurisconsultes de l'ancien Droit se demandaient s'il fallait déterminer les droits du conjoint et de la communauté en appliquant la maxime de l'effet déclaratif du partage ou s'il fallait, comme dans le cas précédent, rechercher ce que chaque bien attribué au conjoint héritier représentait pour lui en meubles et en immeubles. « Il y a difficulté, disait Lebrun, pour les destinations du conjoint même, et principalement du mari, qui a souvent occasion de frustrer sa communauté de ce qui y devait entrer le plus naturellement : Par exemple, un mari est héritier d'une succession où il y a beaucoup de meubles et peu d'immeubles, et dans le partage il prend les immeubles et frustre ainsi sa communauté des meubles qui y devaient entrer et augmente ses propres aux dépens de sa femme : on demande s'il n'en doit pas faire raison aux héritiers de sa femme » (2).

Pour soutenir qu'il n'était dû aucune récompense aux

(1) Lebrun, *Tr. de la communauté*, l. I. ch. v, sect. II. Dist. I, n° 49.

(2) Lebrun. *Op. cit.*, n° 78.

héritiers de la femme, on invoquait la règle de l'effet déclaratif du partage, d'après laquelle le mari était réputé n'avoir jamais eu le droit que sur des immeubles. Quand un des héritiers est en communauté, disait-on, il ne doit entrer dans sa communauté que le mobilier qui se trouve en son lot, sans qu'il soit permis de rechercher plus loin le droit de celui-ci et de remonter à l'époque de l'indivision pour examiner ce que ce conjoint héritier aurait pu avoir, si le partage avait été opéré d'une autre manière. D'ailleurs, ajoutait-on, le mari fait ce partage avec des cohéritiers qui ne doivent pas être présumés participer à une fraude. Comme dernier argument en faveur de l'application de la règle de l'effet déclaratif du partage, on objectait que l'opinion contraire était une pépinière à procès. Dès qu'un mari ou une femme, disait-on, aura eu un peu plus d'immeubles et moins de meubles à proportion, qu'il ne lui en appartenait, il faudra lui adjuger une récompense ; si au contraire, l'un ou l'autre prenait un peu plus de meubles et moins d'immeubles, il faudrait voir dans ce procédé un avantage indirect, d'où un grand nombre de contestations longues et difficiles. En conséquence, on proposait de prendre les partages comme ils étaient, même à l'égard de la communauté et de présumer qu'ils étaient sérieux et que chaque conjoint, en prenant dans le partage ce qui lui convenait, avait usé de son droit.

On faisait d'ailleurs remarquer que la solution généralement admise pour le partage avec soulte ne devait pas être forcément étendue au cas d'un partage pur et simple d'une succession mixte dans lequel un héritier avait pris plus de biens d'une nature que de l'autre. « Il y a beaucoup de différence, disait Lebrun en exposant les raisons

de ses adversaires, entre un lot composé et une soulte ; le lot est tout ce qui est échu ; mais la soulte représente ce qui devait échoir et ce qu'on prétend se conserver par cette soulte ; c'est pourquoi il semble qu'il ne faut point objecter ici ce qui a été dit touchant les soultes de partage où nous avons montré qu'il en fallait examiner les causes (1) ». Telle n'était pas l'opinion de Lebrun qui rejetait dans tous les cas l'application de la règle de l'effet déclaratif du partage, sans faire de distinction entre le lot composé et la soulte : « Pour dire mon avis sur cette question, je n'estime pas, disait Lebrun, qu'on doive relever dans le partage de communauté les moindres petites prétentions de récompense ; et l'esprit d'exactitude, si nécessaire en cette matière, doit passer quelquefois sur de légers intérêts qui ne méritent pas l'application du juge. Hors ce cas, on peut conclure uniformément pour les récompenses, parce qu'elles tendent à réparer la fraude, quand il y en a, et, quand il n'y en a point, à maintenir l'égalité entre les conjoints, et parce qu'elles s'exécutent sans donner atteinte aux partages des successions. »

Il n'y avait aucune bonne raison pour admettre une solution différente de celle admise pour la soulte de partage. Lorsqu'un conjoint héritier reçoit des meubles au lieu d'immeubles ou inversement, il échange un droit contre un autre, de même que lorsqu'il est constitué créancier d'une soulte, il profite d'un prix de vente : dans l'un et l'autre cas il y a échange au sens économique du mot et pour déterminer celui qui doit profiter de la valeur fournie en contre-échange, il faut remonter à la cause de

(1) Lebrun. *Tr. de la Com*, l. I, ch. v, sect. II. Dist. I, n° 80 *in fine*.

l'opération. « Si on donne des récompenses pour les soultes de partage, en ce qu'elles tiennent lieu d'immeubles, disait Lebrun, et si le concours des autres héritiers, qui n'ont point d'intérêt dans les fraudes du cohéritier qui est en communauté, n'empêche pas ces sortes de récompenses, pourquoi n'en donnera-t-on pas pour les échanges de partage, qui ne représentent pas moins que les soultes, ce que le conjoint doit avoir? On doit ici se défaire de tous les préjugés de la matière des successions, et il ne s'agit plus de dire que les partages ont un effet rétroactif, qu'on est censé avoir eu au moment du décès ce qu'on a dans l'événement des partages et que les créanciers, qui ont souffert un partage, ne le peuvent pas détruire; ces raisons sont hors d'œuvre en fait de récompenses de communauté, qui ne touchent point aux partages de successions, et les laissent comme ils sont, mais qui indemnisent le conjoint de ce qu'il devait avoir, et sont un remède nécessaire pour conserver l'égalité entre conjoints » (1).

On peut résumer la théorie de Lebrun en disant qu'elle laissait aux copartageants toute latitude pour composer leurs lots comme ils l'entendaient sans toutefois permettre aux cohéritiers mariés sous le régime de la communauté d'avantager l'un des trois patrimoines que suppose l'association conjugale au détriment de l'un des deux autres; le système des récompenses servait à réparer l'inégalité créée par le partage.

Cette théorie avait l'avantage de ne frustrer ni le conjoint copartageant ni la communauté et de respecter la liberté des conventions. De plus elle mettait obstacle aux

(1) Lebrun. *Tr. de la Com.*, l. ch. v, sect. II, Dist. I, n° 43.

avantages indirects et prohibés entre conjoints. Enfin elle évitait de rechercher si le partage avait été fait de bonne foi ou si au contraire les copartageants avaient prêté leur concours pour frustrer la communauté de l'un d'eux.

Les solutions proposées par Lebrun furent admises par Valin qui enseignait que tout ce qui doit entrer en communauté et a tourné au profit personnel d'un des conjoints doit fournir matière à récompense. « Ainsi, dit-il, dans le cas où il n'est pas stipulé que ce qui adviendra aux conjoints leur sera propre, s'il échoit à l'un d'eux une succession où il y a des meubles, et qu'au lieu de prendre sa part des meubles en nature, il ne prenne que des immeubles qui de droit leur sont propres, il devra récompenser ou indemniser la communauté des meubles dont il l'aura privée ; de même s'il n'avait pris dans son lot que des meubles, le emploi de sa part des immeubles lui serait dû ; le tout sans examiner si cela s'est fait en fraude, ou simplement par arrangement de famille. C'est l'équité qui guide principalement, pour la décision des cas où la récompense est ou n'est pas due. L'équité veut que le conjoint soit indemnisé de la valeur des immeubles qu'il devait avoir et qu'il n'a pas eus par l'arrangement de partage. C'est tout comme s'il eût vendu à ses cohéritiers sa portion des immeubles ; il faut donc que la communauté qui en profite l'en dédommage par forme de emploi ou de récompense » (1).

Cette doctrine, malgré ses avantages et son fondement

(1) Valin. *Coutume de La Rochelle*. t. II. *De la Com.*, art. 46, § 3, n° 46, et art. 48, n° 17. Comparer Ferrière, art. 220, gl. 3, § 2, nos 35 et 36.

juridique, ne fut pas admise au xvii^e siècle par Renusson et au xviii^e siècle par Pothier.

Renusson, dans son traité de la communauté, pour déterminer les droits du conjoint et de la communauté, ne considérait que le résultat du partage. Ainsi lorsqu'un enfant marié ne recevait que des meubles lors de la succession de ses père et mère, la communauté profitait, selon lui, de tous les meubles sans devoir de récompense au conjoint héritier. Renusson ne prévoyait pas l'hypothèse inverse, mais, sans aucun doute, les immeubles, quelle qu'en fut la valeur par rapport à la masse immobilière, devaient, d'après sa théorie, rester propres au conjoint héritier.

Ce jurisconsulte se rendait compte qu'une telle solution pouvait permettre aux conjoints de s'avantager indirectement : « Il serait aisé de le faire, disait-il, en affectant de prendre un lot en meubles et de faire entrer tout le bien en la communauté ; on pourra dire qu'il serait raisonnable de donner une action de récompense et de remploi à celui auquel ils sont échus, jusqu'à concurrence de la part qu'il aurait eue dans les immeubles de l'hérédité de ses père et mère, d'autant que ces effets lui tiennent lieu de sa part dans les immeubles de l'hérédité, lesquels immeubles ne seraient pas entrés en communauté. Néanmoins la loi coutumière et le Droit commun ayant établi que les biens meubles des conjoints entrent en la communauté, il y a nécessité de dire que le tout y est entré et qu'il n'y a aucune action de récompense et de remploi : la raison est que, par le partage, il ne lui est échu que des effets mobiliers et que cet acte ne peut pas passer pour frauduleux, ni pour des avantages indirects ; ce sont actes ordinaires que la loi permet et qui sont conformes au Droit commun ;

le droit est acquis aux conjoints suivant la qualité des biens » (1).

Renusson s'est écarté de la solution admise par Lebrun, sans toutefois pouvoir donner de bonnes raisons de la nouvelle théorie soutenue par lui ; après avoir dit que les effets mobiliers que le conjoint reçoit au-delà de sa part dans les meubles représentent pour celui-ci sa part dans les immeubles et qu'il serait juste de lui donner de ce chef une récompense, il consacre la solution inverse à l'appui de laquelle il invoque la nécessité, quelle nécessité ? c'est ce qu'il ne nous a pas fait connaître.

Dans le traité de la communauté de Renusson, nous constatons l'apparition d'une solution nouvelle dont les raisons théoriques, opposées à celles invoquées par Lebrun à l'appui de son système, ne nous ont été données que par Pothier.

La divergence d'opinion qui existe entre Lebrun et Pothier, tient à ce que ces deux jurisconsultes, pour résoudre la question qui nous occupe, sont partis d'un principe différent. Lebrun soutenait que pour connaître la nature d'un droit, il faut remonter à sa cause ; Pothier, au contraire, estimait que : « pour juger si un droit de créance personnelle est mobilier ou immobilier et s'il doit en conséquence entrer ou non dans la communauté légale, on ne considère que la chose qui en est l'objet, c'est-à-dire la chose due ; on n'a aucun égard à la cause d'où le droit procède » (2).

Pour comprendre la théorie de Pothier, il faut examiner séparément les solutions admises par ce jurisconsulte en

(1) Renusson. *Tr. de la Communauté*, ch. III, nos 4 et 5.

(2) Pothier. *Tr. de la Communauté*, n° 77.

cas de partage pur et simple et en cas de partage avec soulte.

Lorsque par le partage pur et simple d'une masse indivise, il était échu à un conjoint plus de meubles à proportion que d'immeubles, Pothier décidait que tout le mobilier entraît en communauté, sans aucune récompense pour le conjoint ; il en donnait comme raison que la masse indivise devait être considérée comme un tout, dont il n'était pas permis de détailler les éléments pour fixer les droits respectifs du conjoint et de la communauté ; le partage de cette masse devait seul servir à déterminer ces droits ; la maxime de l'effet déclaratif du partage était appliquée par ce jurisconsulte, tant à l'égard de la communauté et du conjoint héritier, qu'à l'égard des copartageants. « On ne peut pas dire en ce cas que ce que le conjoint a eu en mobilier dans son lot de plus que le montant de sa part dans le mobilier de la succession lui tienne lieu et soit subrogé à ce qu'il a eu de moins que sa part dans la masse immobilière ; les meubles et les immeubles de cette succession ne composent qu'une même succession dans laquelle le conjoint est censé n'avoir jamais eu de droit qu'aux choses échues dans son lot par lequel il est rempli de toute sa portion héréditaire ; on ne peut donc pas dire en ce cas que ce qu'il a eu de mobilier dans son lot, lui tienne en rien lieu de quelque droit immobilier, ni par conséquent l'exclure de la communauté » (1).

Lorsque le conjoint avait au contraire reçu plus d'immeubles que de meubles et que ses conjoints avaient été remplis de leurs droits par l'attribution d'une part plus

(1) Pothier. *Tr. de la Communauté*, n° 100.

forte de meubles héréditaires, Pothier devait admettre que le conjoint gardait propres tous les immeubles sans récompense au profit de la communauté ; c'est la solution qui semble devoir être déduite de son principe, d'après lequel il ne faut pas considérer le patrimoine indivis comme étant composé de deux masses, l'une mobilière, l'autre immobilière, dans lesquelles les copropriétaires ont des droits distincts. Si Pothier ne s'est pas prononcé sur cette hypothèse, c'est qu'il estimait qu'elle devait être résolue au moyen de la règle de l'effet déclaratif du partage qu'il considérait comme un principe absolu.

Le partage, d'après ce jurisconsulte, n'avait aucun rapport, ni avec le contrat d'échange, ni avec le contrat de vente, même lorsqu'il était fait avec un retour en deniers ; ce n'était dans aucun cas un titre d'acquisition (1). Pothier rejetant la théorie romaine sur la nature de cet acte, considérait la règle de l'effet déclaratif du partage, non comme une fiction, mais comme une réalité ; comme telle cette règle devait, selon lui, régler les rapports du conjoint et de la communauté. Nous estimons que si Pothier avait vu une fiction dans cette maxime, il n'aurait pas admis sur notre question la solution qu'il a adoptée. Jurisconsulte profond et scrupuleux, il refusait d'étendre une fiction au-delà des limites prévues par le texte qui la créait. Ainsi l'article 94 de la Coutume de Paris (2), posait

(1) Pothier. *Tr. du Contrat de vente*, 2^e partie, art. 6.

(2) Art. 94 de la Coutume de Paris. « Rentes constituées à prix d'argent sont réputées immeubles jusqu'à ce qu'elles soient rachetées ; toutefois au cas que celles qui appartiennent à mineurs soient rachetées pendant leur minorité, les deniers de rachat, ou le surplus d'iceux en autres héritages ou rentes, sont censés de même nature et

une exception au principe absolu de la liberté pour une personne de modifier son patrimoine ; par une fiction, cet article déclarait, au point de vue du règlement de la succession du mineur, que le patrimoine du mineur n'avait pas pu être modifié par le rachat d'une rente, tout au moins, quant à la nature mobilière ou immobilière des droits composant ce patrimoine. Pothier refusait d'étendre cette fiction en dehors du cas spécialement prévu par l'article 94 de la Coutume de Paris : « *fictio non operatur ultra casum* » disait-il. S'il n'avait vu qu'une fiction dans la maxime de l'effet déclaratif du partage, il n'aurait certainement pas étendu aux rapports entre conjoints une règle faite pour régir les relations entre copartageants.

Dans la théorie de Pothier la communauté n'était point subrogée aux lieu et place du conjoint héritier ; elle n'avait aucun droit tant que durait l'indivision qui était considérée comme une période transitoire et sans importance au point de vue de la fixation des droits auxquels des tiers pouvaient prétendre sur la part attribuée à l'un des copartageants. Il en résultait que jusqu'au partage la communauté n'avait aucun droit qui lui fût propre sur la masse indivise et que son droit ne pouvait naître qu'à la condition qu'il n'y eût des meubles dans le lot attribué au conjoint héritier.

Lorsque celui-ci était, par le partage, constitué débiteur d'une soulte, par suite d'une attribution d'immeubles à son profit plus forte que celle à laquelle il avait droit, Pothier appliquait encore le principe de l'effet déclaratif du par-

qualité d'immeubles qu'étaient les rentes ainsi rachetées, pour retourner aux parents du côté et ligne, dont les dites rentes étaient procédées. »

tage et décidait en conséquence que le conjoint devait garder comme propres tous les immeubles à lui échus. « Les héritages et autres immeubles d'une succession échue à quelqu'un par le partage qu'il en a fait avec ses cohéritiers lui sont propres entièrement et non pas seulement pour la part héréditaire qu'il avait avant le partage. Quand même ils excéderaient le montant de sa part héréditaire et seraient chargés en conséquence d'un retour en deniers, ils seraient entièrement propres et non pas seulement jusqu'à concurrence de sa part héréditaire ; par conséquent ils doivent aussi être entièrement propres de communauté, sauf seulement la récompense que le conjoint héritier doit de la somme qu'il en a tirée pour payer le retour dont son lot était chargé » (1). La même solution était admise par Pothier, lorsque les immeubles excédant la part du conjoint héritier avaient été acquis par celui-ci par suite d'une licitation qui l'avait constitué débiteur d'un prix de vente envers ses copartageants.

La théorie de Pothier peut se résumer ainsi : les droits du conjoint et de la communauté sur la part attribuée par un partage à l'un des époux se déterminent d'après la nature des objets mis dans le lot du conjoint copartageant sans avoir égard à la diversité des biens qui composaient la masse indivise, sauf toutefois la récompense dont la communauté peut être créancière lorsque des sommes ont été tirées du patrimoine commun pour le paiement de soultes et de prix de licitation dus par ce conjoint à ses consorts.

Si, dans l'ancien Droit, nous laissons de côté l'opinion isolée de Bourjon, nous constatons que deux théories

(1) Pothier. *Tr. de la Communauté*, n° 140.

s'étaient formées sur la question qui nous occupe : l'une soutenue principalement par Lebrun et Valin, refusait de déterminer les droits respectifs du conjoint et de la communauté au moyen de la maxime de l'effet déclaratif du partage ; l'autre indiquée par Renusson au xvii^e siècle et exposée par Pothier au xviii^e siècle, voyant dans cette maxime une règle de droit absolue et nécessaire, et non une fiction, l'appliquait au cas qui nous occupe. A la fin de l'ancien Droit l'accord sur cette question n'était pas encore fait.

Dans le Droit actuel nous rencontrons la même diversité d'opinions, deux systèmes principaux sont en présence.

Le premier système, basé sur la généralité des termes de l'article 883, déclare que la règle de l'effet déclaratif du partage doit servir à régler les droits que l'un des conjoints et la communauté peuvent avoir sur une masse indivise partie mobilière, partie immobilière ; « cette règle, dit Demolombe, doit être appliquée toutes les fois qu'il s'agit d'apprécier l'effet d'un partage entre quelques personnes que ce soit et quels que soient les intérêts qui s'y trouvent engagés » (1). C'est au résultat du partage qu'il faut avoir égard. Il en résulte que si l'époux n'a reçu que des meubles ou un prix de licitation ; ces meubles et ce prix tombent dans la communauté sans récompense au profit de cet époux. Dans l'hypothèse inverse, si le conjoint n'a reçu que des immeubles, ces immeubles lui restent propres et la communauté n'a droit à aucune récompense (2). Enfin si pour obtenir une part plus forte de

(1) Demolombe. *Successions*, V, n° 301.

(2) Le Courtois et Surville. *Contrat de Mariage*, I, n° 266.

biens immobiliers l'époux a payé une soulte ou un prix de licitation, ces biens sont propres à cet époux et la communauté n'a droit qu'au remboursement de la somme qu'elle a pu fournir pour le payement de la soulte ou du prix de licitation.

En faveur de cette théorie on invoque l'article 1408 Code civil, qui décide que la portion d'immeuble acquise sur licitation ou autrement pendant le mariage par l'époux qui était propriétaire par indivis constitue un propre, et non un conquêt, sauf d'indemnité due à la communauté lorsqu'elle a payé le prix d'achat. En appliquant dans cette hypothèse la règle de l'effet déclaratif du partage, le législateur, disent les partisans du premier système, a voulu dissiper tout doute au sujet de l'application de l'article 883 aux rapports de l'un des conjoints et de la communauté ; l'article 1408, 1^{er} alinéa, reflète clairement la pensée des rédacteurs du Code qui ont estimé qu'il suffisait de donner un exemple de l'application de la règle de l'article 883 aux rapports des époux et de la communauté.

Forts de cet argument de texte qu'ils croient péremptoire, les partisans du premier système invoquent l'ancien Droit et rappellent les solutions admises par Renusson et dans le dernier état de notre jurisprudence coutumière par Pothier, surnommé le guide ordinaire du législateur français.

Cette doctrine d'ailleurs paraît à certains auteurs satisfaisante non seulement au point de vue des textes et des principes généraux du droit, mais encore au point de vue des résultats, malgré les protestations énergiques que Lebrun lançait contre cette théorie au nom de l'équité : « Ainsi, dit Marcadé, quand même le partage d'une succession de 200.000 francs et composée pour moitié de

meubles et d'immeubles, par exemple 100.000 francs de rentes sur l'Etat et une maison d'égale valeur, aurait attribué à l'un des cohéritiers la maison et à l'autre les rentes, ce dernier verrait tomber dans sa communauté la totalité de ces rentes et ne pourrait pas prétendre qu'il doit en avoir en propre une partie proportionnelle au droit qu'il avait dans l'ensemble des biens héréditaires, c'est-à-dire d'une moitié ou 50.000 francs. Cette idée, proposée autrefois par Lebrun, mais repoussée déjà par Pothier, n'a eu, sous le Code, aucun partisan et se trouve en effet inadmissible en face de l'article 883, d'après lequel le partage n'est que déclaratif de propriété et fait considérer chaque héritier comme n'ayant jamais eu droit *ab initio* que sur le lot qui lui échoit » (1).

Ainsi on prétend justifier logiquement cette solution en disant que le droit de la communauté ne prend naissance qu'au jour du partage ; pendant l'indivision chaque communiste n'a, dit-on, qu'un droit indéterminé, qu'un droit alternatif dont il faut connaître la nature définitive pour pouvoir préciser les droits de la communauté. Or, on ne connaît la nature d'un droit alternatif qu'au jour du paiement et dans l'espèce on ne peut la connaître que lorsque le partage a été fait : si le conjoint reçoit des meubles et des immeubles, le droit de copropriété a une nature mixte ; les meubles tombent en communauté et les immeubles restent propres ; s'il reçoit des biens d'une seule nature, ils tombent en communauté ou restent propres suivant leur nature sans aucune récompense pour le conjoint ou pour l'association conjugale.

Que faut-il décider, dans ce système, quand par suite

(1) Marcadé, t. V. *Code civil, sur l'art. 1401*, IV, p. 481.

d'un partage, le conjoint héritier est créancier d'une soulte ou d'un prix de licitation représentant ses droits dans les immeubles héréditaires? Ces valeurs tombent-elles en communauté? Il semblerait logique d'admettre l'affirmative. Cependant, dans cette hypothèse, on reconnaît que le conjoint, à la dissolution de la communauté, a droit à une récompense égale au montant de ces sommes; on n'ose pas alors faire abstraction complète de la période d'indivision pendant laquelle le conjoint avait un droit de copropriété sur des immeubles; on reconnaît que le prix de licitation et la soulte représentent pour lui une valeur immobilière et comme tels doivent lui rester propres ou donner lieu à une récompense à son profit.

Si le conjoint héritier est au contraire débiteur d'une soulte ou d'un prix de licitation, la communauté n'a droit à une récompense qu'à raison des sommes qui en ont été tirées pour le payement de la soulte ou du prix de licitation.

Ce n'est donc pas dans tous les cas le résultat du partage qu'il faut considérer, même dans ce système, pour déterminer les droits du conjoint et de la communauté. A l'égard de celle-ci la période d'indivision n'a aucune importance, elle doit être réputée non existante par suite de l'effet rétroactif du partage. A l'égard du conjoint cette même période doit être prise en considération lorsqu'il s'agit d'un partage avec soulte payée au conjoint héritier.

Tel est le fondement juridique assigné par quelques auteurs et par quelques arrêts (1) à la théorie qui applique

(1) Cassation, 29 août 1853. Lefevre Dev. 1854. 1. 707; — De Valroyer, *Rev. du Dr. fr.*, t. VII, p. 116; — Demante, *exp. rais. des principes de l'enregistrement*, n° 707.

l'effet déclaratif du partage au règlement des droits respectifs des époux et de la communauté.

Pour soutenir la même opinion quelques auteurs se servent d'une autre argumentation. M. Demolombe, en particulier, ne prétend pas que la communauté n'a aucun droit pendant l'indivision sur la masse indivise, mais il dit que le droit qu'elle possède est soumis à une condition, parce qu'elle le tient du conjoint qui n'a pu lui transmettre un droit pur et simple alors qu'il n'était titulaire que d'un droit conditionnel : le résultat du partage constitue la condition à laquelle est subordonné le droit de la communauté qui ne peut prendre naissance que par la présence de meubles dans le lot du conjoint (1).

La généralité des termes de l'article 883, l'article 1408, 1^{er} alinéa, et la nature du droit de copropriété pendant l'indivision, tels sont les arguments au moyen desquels quelques jurisconsultes pensent pouvoir imposer leur opinion.

Le deuxième système estime au contraire que la règle de l'effet déclaratif du partage est étrangère au règlement des droits du conjoint et de l'association conjugale, et que la question de savoir dans quelle mesure la part héréditaire attribuée par un partage à l'un des époux lui reste propre et dans quelle mesure elle tombe en communauté doit être résolue en tenant compte de la valeur comparative des meubles et des immeubles de la masse indivise, sans s'occuper de la règle de l'article 883 et du résultat du partage. Cette théorie a pour elle l'autorité de MM. Aubry et Rau (2).

(1) Demolombe. *Successions*, V, n° 263.

(2) Aubry et Rau, VI, § 625, texte et note 27.

La disposition de l'article 883 en effet, ainsi que nous l'avons montré, est une fiction et comme telle elle doit servir à régler exclusivement les rapports des copartageants entre eux ou leurs ayants cause. En dehors de la sphère d'application que nous lui avons assignée, cette fiction n'a plus de raison d'être, elle doit disparaître et laisser la réalité se manifester avec toutes ses conséquences : le partage reprend le caractère qu'il avait en Droit romain, il est translatif de propriété (1). M. Demolombe, lui-même, quoique partisan du premier système, reconnaît que le partage n'est pas un acte exclusivement déclaratif de propriété : « Qu'il y ait dans le partage un certain caractère d'aliénation, cela n'est pas contestable, dit-il, comment serait-il possible d'expliquer autrement la garantie et le privilège qui en résultent. » Succ. V, n° 263.

Le partage doit être considéré soit comme un échange, soit comme une vente ; en réalité le droit indivis de chaque communiste est transféré à un autre communiste sur un objet déterminé ; le partage est un échange quand les copartageants cèdent leurs parts indivises contre d'autres parts pour obtenir la propriété absolue et exclusive de certains biens indivis ; il est une vente quand il y a licitation ou partage avec soulte ; c'est ce que les Romains qui s'en tenaient à la nature même des choses exprimaient en disant : le partage est translatif de propriété.

En conséquence pour déterminer ce qui doit tomber en

(1) Duquaire. *Rev. critiq. de Jurisp.*, 1853, t. III. — Tillard. *Op. cit.*, p. 257 ; Dutruc, n° 14 et suiv. — Aubry et Rau, t. V, p. 268. — Ducourroy, Bonnier et Roustaing, t. II, p. 779. — Cass., 27 mai 1835. — Moreau Dev., 1835, I, 286. — Cass., 13 août 1838. — Coulon, 1838, I, 701.

communauté et ce qui doit rester propre au conjoint héritier, il faut considérer la nature du droit que celui-ci aurait dû avoir en partage et non celle de l'objet qui lui est fourni en contre échange. « En matière de réglementation d'intérêts respectifs de sociétaires, dit M. Tillard, nous ne saurions reconnaître l'applicabilité de la disposition de l'article 883, disposition poursuivant un tout autre but. Le titre originaire d'investissement du sociétaire communiste, voilà le criterium rationnel, persistant, toujours équitable des intérêts respectifs des sociétaires, et ce criterium ne saurait être reporté à l'éventualité et même à des fluctuations d'éventualités se prêtant d'ailleurs si facilement à la fraude. L'expédient se trouvera alors dans des ventilations entre les sociétaires » (1).

Cette théorie n'est d'ailleurs pas contredite par les partisans du premier système en ce qui concerne les soultes et prix de licitation fournis en valeurs non communes ; ces auteurs suivent en cela la distinction faite par Pothier entre l'échange de biens héréditaires et l'échange d'un objet commun contre une somme tirée du patrimoine personnel de l'un des copartageants. Cette distinction justifie-t-elle les solutions contraires admises dans les deux cas ? Nous ne le pensons pas. « Elle ne prouve pas, disent MM. Aubry et Rau, que contrairement aux excellentes raisons données par Lebrun, on doive en matière de communauté, et pour le règlement des droits des époux appliquer l'article 883 aux partages en nature des successions comprenant des meubles et des immeubles » (2).

La plupart des successions, comme presque toutes les

(1) Tillard. *Op. cit.*, p. 251.

(2) Aubry et Rau. VI, § 625, texte et note 29.

masses indivises, comprennent des meubles et des immeubles ; les héritiers, créanciers de soultes ou de prix de licitation à cause de l'abandon de leurs droits sur des immeubles échus ou adjugés à leurs cohéritiers, en sont remplis le plus souvent au moyen de l'attribution de valeurs mobilières provenant de la succession. Que faut-il décider d'après le premier système ? Ces valeurs héréditaires tombent-elles en communauté ou constituent-elles des propres comme représentant des droits sur des biens qui auraient été propres ? La plupart des partisans de l'opinion que nous combattons décident que ces valeurs tombent en communauté, bien qu'elles représentent une soulte ou un prix de licitation, c'est-à-dire des valeurs qui constituent des propres dans la théorie de Pothier : « De telle sorte que la solution de la question, disent MM. Aubry et Rau, dépendrait presque toujours d'un simple accident du partage ou des combinaisons adoptées pour la liquidation de la succession, ce qui est incompatible avec le principe des récompenses en matière de communauté. »

Il n'y a aucune raison pour ne pas admettre la même solution soit que le partage ait lieu en nature, soit qu'il donne lieu au payement de soultes et de prix de licitation. Dans tous les cas il faut déterminer les droits respectifs du conjoint et de la communauté en considérant ce que ce conjoint aurait dû recevoir et non ce qu'il a reçu.

Il est d'ailleurs inexact de dire que le partage efface la période d'indivision. « L'acte de partage, dit M. Tillard, a été le point d'intersection de deux périodes bien distinctes, l'une ne pouvant pas plus que l'autre être effacée, aucune subtilité, aucune fiction, ne pouvant faire que ce qui a été n'ait pas été » (1). Il en résulte que le droit de la

(1) Tillard. *Op. cit.*, p. 257.

communauté sur les biens indivis dont l'un des époux est copropriétaire, datant de l'époque de l'indivision, ne peut pas être anéanti par le partage. En effet, dès le jour où l'indivision prend naissance, l'association conjugale a, sur la masse indivise, un droit correspondant à la part de meubles à laquelle le conjoint a droit et qu'il peut réclamer en exigeant que l'on suive, lors du partage, les prescriptions de l'article 832 du Code civil. La communauté tient ce droit des conventions matrimoniales ou de la loi si les époux n'ont pas fait de contrat de mariage. Jusqu'au jour de l'ouverture de la succession mixte échue à l'un des conjoints, ce n'est, il est vrai, qu'un droit éventuel, mais ce droit devient certain et irrévocable pour elle dès le jour du décès du *de cujus* et par le seul fait que la succession comprend des meubles. Oserait-on objecter que, d'après la majorité des auteurs, la communauté, n'ayant pas d'existence juridique distincte de celle des époux, ne peut avoir un droit quelconque de son chef? Nous répondrions que si la communauté n'a pas la personnalité juridique, elle est, entre époux tout au moins, comme une quasi-personne morale; elle forme un patrimoine en main commune que chaque époux contribue à enrichir et qui peut être débiteur et créancier, et comme tel, susceptible d'avoir des droits. S'il en était autrement, comment comprendre qu'il existe des récompenses au profit et à la charge de la communauté? Sans doute, le droit de la communauté n'existe pas à l'égard des tiers et n'est pas opposable aux copartageants en ce sens qu'il ne peut être un obstacle à ce qu'il soit procédé au partage au gré et d'après les convenances personnelles de tous les copropriétaires. Mais pour être relative, l'existence du droit de la communauté n'en est pas moins certaine; nous en trouvons la

preuve dans la disposition de l'article 818 du Code civil qui permet au mari, chef de la communauté, de provoquer seul et sans le concours de sa femme, le partage des biens qui, du chef de celle-ci, tombent en communauté, en vertu des conventions matrimoniales. Cette disposition montre que le droit de la communauté est antérieur au partage et ne dépend pas du résultat de cet acte ; le respect de ce droit est assuré par le système des récompenses.

C'est à tort que, pour refuser à la Communauté tout droit sur la part attribuée à l'un des conjoints, lorsque celle-ci ne comprend pas de meubles, on a fait appel aux règles relatives aux modalités des obligations et prétendu que le droit du conjoint copartageant a un caractère alternatif. Une telle théorie méconnaît forcément la disposition de l'article 832 du Code civil qui permet d'exiger des biens mobiliers et immobiliers lorsqu'il en existe dans la masse indivise, et de plus, elle permet à l'époux copropriétaire de léser sa communauté en ne réclamant que des immeubles si l'alternativité existe à son profit. Cette théorie, d'ailleurs, aboutit à un résultat que personne n'admet dans l'hypothèse suivante : Supposons que dans une succession, il y ait des meubles et un seul immeuble impartageable ; il est nécessaire de recourir à une licitation dont le prix sera réparti entre tous les intéressés. Cette somme a-t-elle un caractère mobilier ou immobilier ? Si le droit de chaque héritier est alternatif, le prix de licitation a, sans aucun doute, un caractère exclusivement mobilier. Or, telle n'est pas la solution unanimement admise. Tous les auteurs reconnaissent que ce prix de licitation, étant substitué à un immeuble, participe de la nature du bien qu'il représente ; ce prix conserve la nature et le caractère

de l'immeuble qu'il représente et reste propre entre les mains du conjoint copropriétaire (1).

En faveur de notre théorie, nous pouvons tirer un argument d'analogie de l'article 872 du Code civil. Lorsque les immeubles d'une succession sont grevés de rentes garanties par une hypothèque, les héritiers, lors du partage de la succession, peuvent exiger que les rentes soient immédiatement remboursées; si elles ne le sont pas, l'immeuble grevé d'hypothèque demeure affecté au service des rentes et l'héritier, dans le lot duquel cet immeuble est mis, est seul chargé du service des rentes. En résulte-t-il que ce partage soit opposable au crédit-rentier et que celui-ci ne puisse demander à chacun des héritiers le paiement de leur quote-part? Non; le crédit-rentier n'a pu être privé de son action contre chaque héritier. Il en est de même pour la communauté; celle-ci avait, avant le partage, un droit sur les meubles héréditaires; le partage n'a pas pu le lui enlever ou tout au moins porter atteinte à ce droit sans que le conjoint l'en indemnise.

Pour trouver la solution de la question que nous examinons, il n'est pas besoin de faire appel aux modalités des obligations, comme l'a fait Pothier. Il suffit de considérer la réalité des choses, c'est-à-dire de voir dans le partage un échange lorsque, comme dans notre hypothèse, on n'est plus dans le domaine d'application de la fiction de l'article 883 (2).

Faire servir cette fiction à la détermination des droits

(1) Duquaire. *Revue critique*, t. III. — Toullier, t. XII, n° 418. — Duranton, t. XIV. — Cass. Req., 11 décembre 1850. D. 51. 4. 287.

(2) Laurent. *Dr. civil*, XXI, n° 233. — Nancy, mars, 1837. S. 39. 2. 202.

respectifs du conjoint et de la communauté sur le lot attribué par un partage à l'un des époux, ce serait dépasser les prévisions du législateur, froisser et détruire des intérêts et des droits légitimement acquis, faire d'une disposition arbitraire de la loi un instrument de fraude et d'injustice.

Pour déterminer la part revenant à la communauté dans une succession en partie mobilière et en partie immobilière échue à l'un des époux, il faut s'attacher à la valeur des meubles comparée à la valeur totale de l'hérédité et non considérer le résultat du partage. Si le conjoint n'obtient dans son lot que des meubles, la communauté ne doit pas bénéficier de la totalité de ce lot. N'advient au contraire que des immeubles au conjoint, celui-ci ne doit pas profiter de cet accident du partage. Enfin, s'il est rempli de ses droits immobiliers au moyen du paiement d'une soulte ou d'un prix de licitation, ces valeurs ne tombent pas en communauté. Il en résulte que le partage donne presque toujours lieu à un règlement postérieur entre la communauté et le conjoint copartageant.

Il ne faut pas reprocher à la théorie que nous soutenons de vouloir faire succéder à la première indivision entre les héritiers une autre indivision entre la communauté et le conjoint copartageant : la communauté doit être propriétaire des meubles et l'époux propriétaire des immeubles, quelle que soit l'importance de chaque catégorie de biens échus en partage. Ainsi on évite les inconvénients de la copropriété et les objections que ne manquent pas de soulever à ce sujet les partisans du système que nous combattons. Mais pour réparer l'inégalité et l'injustice qui peuvent résulter de cette attribution de propriété, il faut mettre en mouvement le système des

récompenses dont le montant est fixé au moyen d'une ventilation.

IV. — *Avantages du système qui écarte l'application de l'article 883 du Code civil.*

L'opinion que nous soutenons est non seulement conforme aux principes fondamentaux de la science juridique, mais encore elle a l'avantage de faire respecter certaines dispositions légales qui ont pour objet de restreindre le principe de la liberté des conventions et dont la théorie adverse facilite la violation.

Aux termes de l'article 1395 du Code civil, les époux, postérieurement au mariage, ne peuvent rien changer au régime matrimonial qu'ils ont adopté ou que la loi leur impose en l'absence de contrat de mariage. Ils ne peuvent changer la composition des trois patrimoines que suppose l'association conjugale, si la modification qu'ils veulent opérer n'est prévue et autorisée par la loi ou par leur contrat de mariage. « Il ne dépend pas des époux, dit M. Laurent, de modifier l'actif de la communauté pendant le mariage en transformant en propres des biens qui devaient être des biens de communauté ou en transformant des propres en biens communs » (1). La loi interdit aux époux de se constituer des propres à volonté au détriment de la communauté et sans récompense pour celle-ci. En adoptant la solution que nous proposons cette

(1) Laurent, XXI, n° 233.

prescription est observée ; en effet si un époux ne prend que des immeubles dans une succession mixte pour augmenter le nombre de ses propres, il devient envers la communauté débiteur d'une somme égale à la valeur des meubles que le partage aurait dû lui attribuer et dont le montant est déterminé au moyen d'une ventilation. Ainsi la constitution de propres à volonté au préjudice de la communauté est rendue impossible.

Adopter la solution enseignée autrefois par Pothier et soutenue par quelques auteurs dans notre Droit, c'est permettre aux époux de faire des brèches à leur contrat de mariage et de violer une des principales dispositions du Code en matière de régime matrimonial. « Les fraudes en contrat de mariage sont bien tentantes et l'extension de l'effet déclaratif du partage à notre hypothèse les facilitent singulièrement » (1).

De plus la thèse que nous soutenons sauvegarde le principe de la révocabilité des donations entre époux édicté par l'article 1096, Code civil. Si l'article 883, comme le prétendent nos adversaires, a l'application que ceux-ci lui reconnaissent, l'un des époux peut avantager son conjoint, lors du partage d'une succession composée de meubles et d'immeubles ; cette libéralité déguisée ne sera pas nulle, malgré les dispositions de l'article 1099, Code civil, car elle sera l'œuvre du législateur lui-même et la conséquence des effets du partage ; elle sera de plus irrévocable comme l'est l'acte de partage. Cette déclaration déguisée et irrévocable pourra impunément porter atteinte à la quotité disponible entre époux fixée par les articles 1094 et 1098.

(1) Baudry-Lacantinerie. Le Courtois et Surville. *Cont. de mar.*, I, n° 266.

Code civil; elle réunira tous les vices d'une donation nulle et malgré cela elle ne pourra être attaquée qu'à la condition de prouver la fraude et de mettre en cause tous les copartageants en les accusant de collusion. Pour avantager son conjoint, il suffit à l'époux copartageant d'abandonner à ses consorts tous les immeubles héréditaires et de prendre pour lui uniquement des meubles qui tombent dans la communauté sans récompense; à la dissolution de l'association conjugale, son conjoint prendra la moitié des meubles et bénéficiera ainsi, au détriment de l'autre époux, d'une part de meubles supérieure à celle qu'il aurait dû recevoir. Dans l'hypothèse où les deux conjoints sont cousins au même degré et en cette qualité appelés à une même succession il est très facile à l'un d'eux de faire à l'autre une donation indirecte: il suffit que la femme, par exemple, prenne tous les immeubles et le mari tous les meubles; à la dissolution de la communauté, la femme prendra sa part des meubles tombés en communauté, gardera tous les immeubles recueillis par elle lors du partage de la succession sans devoir de récompense et bénéficiera ainsi indirectement des trois quarts de cette succession, à savoir la moitié en qualité d'héritière et un quart comme donataire de son mari. Un pareil résultat trahit de la part de l'un des époux l'intention de faire profiter son conjoint d'avantages qu'il n'eut peut-être pas osé lui faire sous forme de libéralité directe, parce qu'alors les violations de la loi eussent été trop facilement signalées et reprimées. Avec notre système, ces violations de la loi sont sans effet, la communauté ou l'époux copartageant devant toujours une récompense à raison de l'excédent mobilier ou immobilier de la part du conjoint fixée d'après les règles de l'article 832, Code civil.

Il est nécessaire de restreindre la partie de la règle de l'article 883 si l'on ne veut pas rompre l'égalité entre époux. Non seulement il faut faire respecter les prescriptions de la loi, mais encore il convient de donner à chacun des conjoints les moyens les plus propres à faire valoir ses droits et à lui éviter d'aliéner sa liberté et de renoncer à ses droits pour assurer le bonheur conjugal. Il n'est guère à craindre que la femme exerce une pression quelconque sur son mari dans le but de lui faire renoncer à ses droits sur les immeubles d'une succession et qu'elle lui conseille de prendre uniquement des meubles dont elle aura ainsi une plus forte part lors de la dissolution de la communauté. Mais la situation est toute autre lorsqu'on envisage le cas particulier et très intéressant de la femme. N'y a-t-il pas lieu de redouter que celle-ci, peu apte à l'administration de ses intérêts, ne donne à son mari plein pouvoir pour la représenter dans un partage et que celui-ci, abusant des pouvoirs qui lui sont donnés, ne procède à cet acte de la manière la plus avantageuse pour la communauté. Dans ces circonstances la conduite du mari doit être suspecte, car il sera toujours porté à préférer ses propres intérêts et ceux de la communauté aux intérêts de sa femme.

Il y a là un danger que la loi a dû prévoir et contre lequel elle a dû prémunir la femme. Elle y met obstacle au moyen du système des récompenses qui a pour but de rétablir entre les patrimoines des époux et de la communauté l'égalité que certains actes, tels que le partage, peuvent rompre. Dans la théorie que nous soutenons la femme trouve une précieuse garantie qui, jointe à celle résultant de son hypothèque légale, rend vaines les diverses combinaisons imaginées par le mari pour s'avantager au détriment de la communauté ou de sa femme.

CHAPITRE II

ACQUISITION D'UNE PART INDIVISE

SECTION I

HISTORIQUE ET CARACTÈRE DE LA DISPOSITION DE L'ARTICLE 1408, PREMIER ALINÉA DU CODE CIVIL

Aux termes de l'article 1408, premier alinéa, « l'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt; sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition. »

L'origine de cette disposition se trouve dans l'ancien Droit. Lorsque par suite d'une licitation, un héritage demeurait en entier à l'un des époux qui avait un droit de copropriété sur cet immeuble, Lebrun décidait que cet héritage constituait un propre de ce conjoint, à charge par celui-ci de payer le mi-denier de la part des copropriétaires. « Quoiqu'un des cohéritiers du conjoint auquel une succession est échue ait fait cession de sa part au mari et à sa femme, la communauté, disait Lebrun, n'en

doit pas profiter contre la disposition de la coutume qui affecte les propres à celui du côté et ligne » (1). Il en était ainsi, même lorsque le droit de copropriété appartenant à la femme, l'acquisition était faite conjointement par les deux époux, car le mari « était présumé n'y comparoir que pour autoriser sa femme et n'y avoir intérêt qu'à cause d'elle ». Lorsque cette acquisition avait lieu avant le partage de l'héritage indivis, elle était réputée faire partie du partage; de là sa qualité de propre, sauf l'indemnité due à la communauté pour les sommes qui avaient été tirées pour payer le cédant.

La même solution était admise par Pothier qui attribuait la qualité de propre à toute acquisition d'une part indivise, quel que fût l'acte ayant servi à la réaliser. « Non seulement les actes qui se font dans la forme de licitation, mais généralement tous les actes qui paraissent avoir pour fin principale de faire cesser entre cohéritiers la communauté et l'indivis, quelque nom qu'on leur ait donné, sont, de même que les licitations, regardés comme des actes tenant lieu de partage, et auxquels, de même qu'aux licitations, on donne tous les mêmes effets qu'aux partages. C'est pourquoi, si mon cohéritier m'a vendu sa portion indivise dans un héritage de la succession, quoique l'acte soit conçu dans les termes d'une vente de sa portion dans l'héritage, néanmoins comme on doit dans les actes rechercher plutôt l'intention des parties que s'attacher aux termes dans lesquels ils sont conçus et aux noms qu'il a plu aux notaires de leur donner; et que la principale fin et intention que les parties paraissent avoir eue dans cet

(1) Lebrun. *Communauté*. l. I, ch. v, sect. II. Dist. V, n° 7 et Dist. I, n° 12.

acte est de faire cesser la communauté et l'indivis par rapport à cet héritage, l'acte, suivant notre jurisprudence, n'est pas regardé comme une vente quoiqu'il soit qualifié de ce nom, ni comme une cession : il est regardé comme un acte tenant lieu de partage, qui ne fait autre chose que déterminer nos parts héréditaires par rapport à cet héritage; la mienne par cet acte est déterminée à l'héritage pour le total, à la charge de payer à mon cohéritier la somme convenue par l'acte; en conséquence je suis censé dans ce cas, de même que dans le cas de la licitation, avoir succédé immédiatement au défunt à l'héritage pour le total » (1).

Cette théorie de Pothier résume tout l'ancien Droit sur cette matière. Dans l'acquisition d'une part indivise par l'époux copropriétaire, les jurisconsultes coutumiers voyaient un acte équivalent au partage; de là la qualité de propre attribuée à la part ainsi acquise. Mais cette solution ne devait être admise que lorsque la cession d'une part indivise à l'un des communistes faisait cesser l'indivision. « Dans notre ancien Droit, dit Marcadé, la règle qui nous occupe n'était qu'une application du principe reproduit aujourd'hui par l'article 883, un simple corollaire de l'effet déclaratif du partage, à tel point qu'elle n'avait lieu que pour le seul cas de licitation d'un immeuble échu par succession, et par conséquent d'acquisition de l'immeuble entier » (2). On étendait ainsi la règle de l'effet déclaratif du partage. Cette théorie ne doit d'ailleurs pas nous surprendre : le caractère déclaratif et rétroactif du partage avait été créé dans l'ancien Droit pour faire échec

(1) Pothier. *Tr. de la Cout.*, I, n° 148.

(2) Marcadé. *Rev. critiq. de jurispr.*, t. I, p. 531.

aux droits seigneuriaux ; la tendance de tous les jurisconsultes devait être naturellement d'étendre le plus possible cette règle afin de soustraire le plus grand nombre possible de mutations de propriété aux droits de lods et ventes et de faciliter la conservation des propres dans les familles. Telle paraît avoir été la préoccupation constante de Pothier qui, après avoir assimilé l'acquisition d'une part indivise à un partage, s'empresse de dire : « en conséquence, cet acte ne donne pas plus ouverture aux profits seigneuriaux que la licitation. »

La théorie de Pothier a-t-elle été suivie par les rédacteurs du Code civil ?

Les auteurs sont divisés sur la question de savoir si la disposition de l'article 1408, 1^{er} alinéa, est une application de la règle de l'effet déclaratif du partage ou si elle constitue au contraire une dérogation à l'article 1401, 3^o, d'après lequel toute acquisition à titre onéreux faite pendant la durée de la communauté, constitue un conquêt.

D'après l'opinion générale, la disposition de l'article 1408, 1^{er} alinéa, est une conséquence du principe suivant lequel le partage est déclaratif de propriété (1). En acquérant les parts des autres copropriétaires, dit-on, l'époux fait cesser l'indivision et devient ainsi, en vertu de l'article 883, rétroactivement propriétaire de tout l'immeuble au même titre qu'il en possédait déjà une portion, c'est-à-dire à titre de propre. L'article 1408, 1^{er} alinéa, ne s'appliquerait que dans le cas où l'acquisition de l'époux copropriétaire fait cesser complètement l'indivision.

Pour soutenir cette théorie, on invoque l'ancien Droit, notamment l'opinion de Pothier et on s'appuie sur les

(1) Rodière et Pont. 2^e édit. t. I, n^o 600.

travaux préparatoires. « Cette disposition, disait Tronchet, lors de la discussion au Conseil d'Etat, est fondée sur le principe admis en matière de succession que tout ce qui est recueilli à titre d'hérédité est propre et que tout corps héréditaire adjudgé à l'un des héritiers est censé avoir passé dans sa main pour la totalité à ce titre » (1). Les partisans de cette explication considèrent l'article 1408, 1^{er} alinéa, comme une règle générale et même comme une disposition impérative en vertu de laquelle tout immeuble possédé par indivis constitue un propre pour le tout lorsqu'il est acquis pendant le mariage. De plus, l'article 1408, 1^{er} alinéa, ne spécifiant pas par qui l'acquisition doit être faite pour qu'elle constitue un propre, quelques auteurs et certains arrêts décident qu'il en est ainsi, alors même que c'est le mari qui acquiert les parts indivises d'un immeuble dont la femme est copropriétaire (2).

Cette explication ne nous paraît pas exacte. Nous devons nous défier de l'explication donnée lors des travaux préparatoires, relativement à la disposition qui est devenue l'article 1408, 1^{er} alinéa, car l'hypothèse que l'on voulait régir a reçu plusieurs modifications. Dans le projet primitif, il n'était question que du cas où l'indivision provient de l'ouverture d'une succession. La première rédaction de l'article 1408, 1^{er} alinéa, reproduisait la règle ancienne admise par Pothier : « l'immeuble acquis par licitation sur une succession échue à l'un des époux et dont ce dernier était copropriétaire par indivis, ne forme point un

(1) Loaré. *Leg.*, XIII, p. 190.

(2) Cass. civ., 2 décembre 1867. D. 67. 1. 469. — Grenoble, 18 août 1854. D. 56. 2. 61.

conquêt » (1). Mais devant le Tribunal on proposa d'élargir cette disposition et de l'étendre à l'acquisition par voie d'achat de toute part indivise quelle que fût la cause de l'indivision. A la première rédaction, on substitua la suivante : « L'acquisition, faite pendant le mariage, d'une portion d'un immeuble dont un époux est propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt » (2). On s'écartait ainsi de l'hypothèse spéciale prévue par Pothier et par suite l'explication fournie par ce jurisconsulte, ne devait plus prévaloir. Dans la pensée de Siméon, l'un des orateurs chargés de présenter le projet de loi qui devint l'article 1408, la nouvelle disposition devait être appliquée même au cas où l'acquisition est limitée à une partie de l'immeuble indivis; Pothier, au contraire, supposait que l'acquisition faisait cesser l'indivision.

L'article 1408, 1^{er} alinéa, n'est pas une dépendance de l'article 883. Ainsi que l'a fort bien décidé la Cour de Rouen en 1849 : « l'article 1408 n'est point dominé par l'article 883, mais forme un droit spécial tenant à des considérations exceptionnelles, étrangères aux motifs de l'article 883 » (3).

Cette disposition constitue une dérogation à l'article 1401, 3^o, dérogation dont il faut chercher la raison, non dans les règles relatives au partage, mais dans des considérations de pure utilité pratique : le législateur n'a pas voulu qu'une indivision succédât à une autre, que l'époux d'abord en communauté avec des étrangers se trouvât ensuite et peut-être en même temps dans l'état

(1) Fenet. *Leg.*, t. XIII, p. 578.

(2) Fenet, t. XIII, p. 607-608.

(3) Cour de Rouen. S. 50. 2. 346.

d'indivision avec son conjoint relativement à un même immeuble. Cette volonté du législateur se trouve exprimée dans ces paroles du tribun Siméon exposant ce qui serait arrivé si l'acquisition avait forme un conquêt : « Mais alors l'indivision que la licitation devait faire cesser aurait continué ; l'époux copropriétaire de la moitié et acquéreur de l'autre aurait eu en commun avec son conjoint l'autre moitié acquise »-(1).

Il faut présumer que l'époux qui acquiert la part indivise de l'un de ses conjoints, réalise cette acquisition pour diminuer le nombre des communistes et non pour substituer un copropriétaire à un autre. Si le Code avait attribué la qualité de conquêts aux parts indivises acquises au cours du mariage par l'époux copropriétaire, il aurait, pour ces parts, substitué à l'indivision ancienne une indivision bien autrement dangereuse que la première : sur une partie de l'immeuble l'indivision aurait existé entre la femme, par exemple, et une communauté comprenant déjà deux associés ; la femme aurait été propriétaire pour une moitié qui aurait constitué un propre et copropriétaire de l'autre moitié à titre d'acquêt. Sur ces différentes parties d'un même héritage le mari aurait eu des droits d'inégale étendue.

De plus dans le cas où l'acquisition n'aurait pas fait cesser l'indivision vis-à-vis des autres communistes, un même immeuble aurait pu être pour partie propre à l'un des époux, pour partie commun aux deux conjoints et pour une dernière partie indivis entre l'un des époux, la communauté et des tiers. C'est ce résultat que le législateur a voulu éviter. Ainsi que le disent MM. Aubry et

(1) Locré. *Lég.*, XIII, 456. 20.

Rau : « l'article 1408 s'explique, abstraction faite de la rétroactivité du partage, par cette considération que l'état d'indivision entraîne avec lui de graves inconvénients et qu'il serait contraire à l'intérêt public, d'attacher à des actes qui, de leur nature, doivent avoir pour résultat de le faire cesser ou du moins de le simplifier, l'effet opposé de le perpétuer ou de le compliquer » (1).

L'acquisition d'une part indivise, doit constituer un propre, contrairement à la disposition de l'article 1401, 3^o, parce que l'époux qui la réalise se détermine bien plus souvent par la pensée d'accroître ou de compléter sa propriété personnelle que par le désir de constituer un conquêt (2). Cette acquisition, suivant M. Duverger, constitue un propre, parce qu'elle a un germe antérieur à celui de la communauté ; « ce germe, c'est la copropriété, droit antérieur à celui de la communauté et grâce auquel on est appelé à participer au partage, à la licitation ou à tout autre acte équipollent » (3). La part de l'époux copropriétaire attire à elle les parts acquises au cours du mariage et lui communique la qualité de propre.

(1) Aubry et Rau, V, § 507.

(2) En ce sens. Cass., 30 janvier 1850 précité ; C. Pau, 6 juin 1860. D. 60. 2. 198.

(3) *Théorie de M. Duverger*, exposée par M. Bourcart dans une *Note sous Pau*. 9 décembre 1889, S 91. 249.

SECTION II

CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1408 PREMIER ALINÉA

De la disposition de l'article 1408, premier alinéa, il semble résulter que deux conditions doivent être remplies pour que l'acquisition d'une portion d'un immeuble indivis pendant le mariage constitue un propre ; il faut que l'indivision existe réellement au moment de l'acquisition et que l'époux possède déjà à titre de propre une part du bien indivis.

Cependant, d'après certains auteurs, ces deux conditions ne suffisent pas ; il faut de plus, selon eux, que l'acquisition ait fait cesser l'indivision. Examinons d'abord les conditions certaines :

1° L'indivision doit exister réellement au moment de l'acquisition de la part indivise, mais peu importe la cause qui a fait naître l'indivision. La disposition de l'art. 1408, premier alinéa, ne s'applique pas seulement au cas d'une indivision, ayant pour cause l'ouverture d'une succession au profit de plusieurs héritiers ; en ne restreignant pas à ce cas uniquement prévu par Pothier, dans l'ancien Droit, l'application de cette disposition, le législateur a voulu que la part indivise acquise par l'époux copropriétaire, constituât un propre, quelle que fût la cause de l'indivision, car dans tous les cas, il y a les mêmes raisons d'éviter de perpétuer et de compliquer l'état d'indivision.

Peu importe d'ailleurs l'étendue du droit de copropriété

de l'époux ; il n'est pas nécessaire que l'époux acquéreur ait déjà une moitié ou une part supérieure des biens indivis, si minime que soit cette part, l'acquisition forme un *propre*.

Peu importe aussi l'époque à laquelle l'indivision a commencé ; il suffit que les droits des communistes ne soient pas encore liquidés et soldés au moment où l'acquisition est faite. L'article 1408, 1^{er} alinéa cesserait d'être applicable si cette acquisition avait lieu après que l'indivision a pris fin. Si, après un partage ayant attribué des parts divisées d'un même immeuble à tous les copropriétaires, l'un des époux acquérait les parts divisées attribuées à ses conjoints, ces acquisitions constitueraient des conquêts de communauté, conformément à l'article 1401. 3^o « Ce serait, disait Lebrun, une acquisition qui entrerait dans la communauté » (1).

Pour que l'article 1408, 1^{er} alinéa s'applique, il faut que l'indivision existe entre l'époux acquéreur et des tiers. Il en résulte que l'acquisition d'un usufruit portant sur un immeuble dont la nue propriété appartient à l'époux cessionnaire de cet usufruit forme un conquêt et non un *propre*, car il n'y a pas indivision entre l'usufruitier et le nu-propriétaire.

L'article 1408, 1^{er} alinéa, parlant de l'acquisition de portion d'un immeuble, doit-on restreindre son application à l'achat d'une part sur un immeuble ? Doit-on au contraire l'étendre à l'acquisition de toute part indivise sur des immeubles ? On a mis en doute l'application de l'article 1408 1^{er} alinéa lorsque l'époux acquiert une part indivise dans une universalité ; on a invoqué les termes dont le législa-

(1) Lebrun. *Tr. de la Com.*, l. I, ch. v, sect. II. Dist. III, n^o 7.

teur s'est servi pour soutenir que la seule hypothèse prévue est celle de l'acquisition d'un immeuble indivis ou de portion d'un tel immeuble. Nous pensons au contraire que la disposition en question doit être appliquée soit que l'acquisition porte sur une universalité, par exemple sur des droits successifs immobiliers, soit qu'elle porte sur un immeuble déterminé. Ainsi que le disent MM. Aubry et Rau : « le mot immeuble n'a pas été pris, dans l'article 1408, pour désigner un corps certain, mais par opposition au terme meuble, pour indiquer les objets qui d'après leur nature sont exclus de la communauté légale » (1). Dans l'article 1408, le mot immeuble est pris dans son acception la plus large, il comprend tout ce qui est réputé immeuble par la loi et par conséquent les droits successifs immobiliers, conformément à l'article 526 Code civil. Nous en concluons que les acquisitions de parts indivises sur une universalité immobilière constituent des propres aussi bien que l'acquisition de portion d'un immeuble déterminé.

En est-il de même lorsque l'universalité indivise comprend des meubles et des immeubles ? En se rendant cessionnaire des parts de ses consorts l'époux copropriétaire acquiert les droits qui lui manquaient sur chaque immeuble indivis pour en être propriétaire exclusif ; cette acquisition générale peut se décomposer en une série d'acquisitions particulières de droits immobiliers ou être considérée comme une acquisition de la totalité des immeubles distincte de celle des parts mobilières ; l'époux devient ainsi propriétaire de portions d'immeubles qui

(1) Aubry et Rau, t. V, § 507, note 95, En ce sens. Pau, 6 juin 1860, D., 60. 2. 198.

doivent lui demeurer propres. Le doute vient de ce que l'époux acquiert en même temps la totalité des meubles. Mais cette acquisition ne peut pas être un obstacle à la solution que nous admettons : les meubles tombent en communauté et l'époux garde comme propres les immeubles à charge de payer une récompense à la communauté pour l'indemniser des sommes qui en ont été tirées et versées aux cédants.

2^o L'acquisition doit être faite par l'époux ayant dans l'immeuble indivis une part constituant un propre.

« La 1^{re} condition requise par l'article 1408 pour que l'acquisition devienne un propre, dit M. Laurent, est qu'elle soit faite par l'époux qui était propriétaire par indivis » (1). Cette condition cependant n'est pas unanimement exigée ; on a soutenu que l'acquisition constitue un propre quel que soit l'époux qui la réalise et à l'appui de cette opinion on a invoqué l'allure impersonnelle des termes employés par l'article 1408 1^{er} alinéa qui déclare que, « l'acquisition faite de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis ne forme point un conquêt ». Cet article, rédigé *in rem*, ne spécifie pas par qui cette acquisition doit être réalisée ; on en a conclu que la portion acquise constitue un propre quel que soit l'époux acquéreur ; mais ici se présente une difficulté que les partisans de cette interprétation étendue de l'article 1408, 1^{er} alinéa, ne paraissent pas tous avoir aperçue ; la part indivise acquise même par le conjoint non copropriétaire constitue, dans cette opinion, un propre, mais cette constitution de propre existe-t-elle au profit de l'époux non copropriétaire qui a réalisé cette ac-

(1) Laurent. *Op. cit.* XXI, n^o 325.

quisition, ou au profit du conjoint copropriétaire qui est demeuré étranger à cette opération? Les deux solutions ont été admises indistinctement : toutes deux manquent de fondement. La constitution de propre au profit de l'époux non copropriétaire a été à merveille critiquée par M. Bourcart. « L'époux non copropriétaire, dit-il, n'a aucune qualité pour invoquer l'article 883 que certains auteurs assignent comme fondement à l'article 1408; il ne peut pas non plus parler, quant à lui, d'un germe de droit antérieur au droit de la communauté; et quant à la raison générale de la défaveur des indivisions, elle est ici manifestement insuffisante. Si l'on conçoit très bien que la loi rende propre l'acquisition faite par celui qui était antérieurement copropriétaire, qui a essayé, pour le tout ou partie, de sortir de cette indivision et qui y retomberait d'un autre côté sans la disposition expresse de l'article 1408, il n'y a pas du tout même raison en faveur de l'autre conjoint qui n'avait aucun droit dans cette propriété indivise et a cherché à y prendre pied; il n'a pas tenté de fuir une indivision dont il n'était pas, mais bien d'y pénétrer; la loi l'y laisse » (1).

D'après certains auteurs dont la théorie a été consacrée par quelques décisions judiciaires, l'acquisition faite par le conjoint non copropriétaire constitue un propre de l'époux titulaire du droit de copropriété; ainsi l'acquisition par le mari d'une portion d'immeuble indivis entre la femme et des tiers constitue un propre de femme (2). Une telle in-

(1) Note de M. Bourcart *sous Pau*, 9 déc. 1889. S. 94. 2. 49.

(2) En ce sens. Cass. civ., 2 déc. 1867. D. 67. 1. 469; — Grenoble, 18 août 1864. D. 66. 2. 61. — En sens contraire. Bordeaux, 15 mai 1871. D. 71. 2. 237. — Req., 24 juillet 1860. D. 60. 1. 456.

interprétation de l'article 1408, 1^{er} alinéa nous paraît aussi inexacte que celle qui précède. L'hypothèse d'une acquisition faite par l'époux non copropriétaire est visée par le 2^e alinéa de l'article 1408; c'est donc qu'elle ne rentre pas implicitement dans le premier paragraphe. D'ailleurs le 2^e alinéa de l'article 1408 ne vise que le cas où le mari acquiert une partie de l'immeuble dont la femme est copropriétaire; cette disposition envisage une hypothèse spéciale qu'il ne faut pas considérer comme un cas d'application de la première partie du même article. Les deux solutions consacrées par l'article 1408 sont des exceptions à l'article 1401, 3^o, et comme telles elles doivent être interprétées restrictivement.

Pour que l'acquisition d'une part indivise sur un immeuble constitue un propre il faut qu'elle soit réalisée pour le compte de l'époux copropriétaire, mais elle peut l'être soit par l'époux lui-même, soit en son nom par un tiers en vertu de l'adage : *qui mandat ipse fecisse videtur*.

On admet généralement que lorsque les époux achètent conjointement un bien dont la femme est copropriétaire l'acquisition forme un propre de celle-ci. « Si le cohéritier de ma femme, disait Pothier, avait vendu sa portion indivise tant à moi qu'à ma femme sera-t-elle en ce cas un conquêt? La raison de douter est qu'on ne peut plus dire en ce cas que je n'ai traité qu'au nom de ma femme et pour ma femme; car on ne peut être censé traiter d'une affaire pour une autre personne et en son nom que lorsqu'elle n'est pas présente à l'acte et qu'elle ne traite pas par elle-même de l'affaire; donc, dans le cas présent où ma femme était présente à l'acte et autorisée de moi pour traiter par elle-même, on ne peut dire que je ne traitais dans cet acte qu'en son nom et par elle-même. Or, dira-t-on, si j'y traitais en mon nom,

ce ne pouvait être que pour faire l'acquisition de la portion indivise du cohéritier de ma femme ; l'acte est dans ce cas, comme les termes le portent, une véritable vente que le cohéritier de ma femme fait, tant à moi qu'à ma femme, de la portion indivise dans l'héritage, lequel en conséquence doit être pour cette portion conquêt de communauté ; Nonobstant ce raisonnement, je crois qu'on doit décider autrement ; je conviens que le mari a traité en son propre nom ; mais je ne conviens pas que ce ne pût être que pour faire l'acquisition de la portion indivise du cohéritier de ma femme ; je pense au contraire que l'acte peut néanmoins passer pour n'être autre chose qu'un acte qui tenait lieu de partage qui était à faire de l'héritage. » Le mari, ayant la jouissance de la partie indivise propre à sa femme, traite en son nom, quant à cette jouissance, qui s'étend désormais à tout l'immeuble et relativement à l'acquisition de la propriété de cet immeuble. son intervention s'explique par le concours qu'il doit fournir à sa femme pour réaliser cette acquisition. La solution donnée dans l'ancien Droit est encore aujourd'hui admise par la majorité des auteurs qui reconnaissent que la présence du mari non copropriétaire ne peut pas empêcher l'application de l'article 1408, 1^{er} alinéa, au profit de la femme (1).

Cette question soulève une certaine difficulté lorsque l'indivision existant entre le mari et des tiers, les deux époux acquièrent conjointement la part indivise de l'un des copropriétaires du mari. Dans le Droit coutumier, Pothier déclarait que cette acquisition devait être considérée comme un acte tenant lieu de partage et qu'elle formait

(1) Aubry et Rau. V, § 507, note 95. — Pau. 27 juillet 1885. S. 87. 2. 84. — *Pandectes françaises*, nos 4361, 4371.

un propre du mari; il expliquait l'intervention de la femme par sa qualité de commune qui lui donne le droit de participer à la jouissance de cet immeuble et par la volonté qu'elle manifeste ainsi de se porter caution pour son mari des obligations contractées par celui-ci envers ses copropriétaires par l'acte d'acquisition. Bien que, dans notre Droit actuel, une telle acquisition ne doive pas être considérée comme un acte tenant lieu de partage, on peut admettre la solution indiquée par Pothier. En édictant l'article 1408, 1^{er} alinéa, le législateur a voulu diminuer les causes d'indivision; la présence de la femme à l'acte passé entre le mari et ses copropriétaires ne doit pas être un obstacle à la réalisation du vœu de la loi. Pour que l'immeuble forme un conquêt il faut une manifestation de volonté des époux qui achètent conjointement.

Pour que l'article 1408, 1^{er} alinéa soit applicable, il faut, d'après une certaine doctrine, que l'acquisition ait eu lieu à titre onéreux et non à titre gratuit. Si les parts indivises ont été acquises par donation ou par testament, elles constituent également des propres, mais en vertu de l'article 1405 du Code civil et non par application de l'article 1408, 1^{er} alinéa. A l'appui de cette opinion on invoque le texte de l'article 1408 qui suppose qu'une somme a été payée pour cette acquisition (1). Sans doute cette doctrine est exacte, mais il n'y a pas grand intérêt à faire une distinction entre l'acquisition à titre onéreux et celle à titre gratuit, la qualité de propre étant reconnue dans les deux cas aux biens acquis.

A ces conditions qui, selon nous, sont les seules exigées par la loi, quelques auteurs en ajoutent d'autres qu'ils

(1) Baudry-Lacantinerie. *Dr. civil*, III, n° 74, 3°.

jugent indispensables à l'application de l'article 1408, 1^{er} alinéa. Il faut, dit-on, que l'acquisition ait pour conséquence de faire cesser l'indivision (1). Les partisans de cette opinion s'appuient sur l'autorité de Pothier qui exigeait que cette condition fût remplie pour que l'acquisition d'une part indivise constituât un propre de l'époux copropriétaire. A ce sujet un débat s'est engagé en 1850 entre M. Paul Pont et M. Marcadé. M. Pont exigeait que l'acquisition des parts indivises fit cesser l'indivision. « L'acquisition totale, disait-il, réalise seule la condition à laquelle est subordonné le principe d'acquisition posé dans l'article 1408 et il importe peu que cette acquisition procède d'un seul ou de plusieurs actes successifs dès qu'en définitive l'indivision cesse d'exister. Mais une acquisition partielle ne réalise pas cette condition, lorsqu'en fait et en définitive la propriété demeure morcelée entre les mains de divers propriétaires. Si l'époux propriétaire ne traite pas de manière à empêcher qu'une partie de la chose aille se perdre en d'autres mains que les siennes, sous quel prétexte raisonnable pourra-t-il invoquer la disposition d'un article dont la pensée fondamentale a été précisément de favoriser ce sentiment exclusif qui pousse à acquérir la part que l'on n'a pas à cause et pour l'amour de celle qu'on a, et afin d'éliminer un copropriétaire et de rester maître du tout » (2). M. Marcadé prétendait au contraire, et avec raison selon nous, que cette condition est étrangère à la disposition de l'article 1408. En effet

(1) Troplong, t. I, n° 661 et t. IV, p. 794. — Toullier, t. XII, n° 452. — Duranton, t. XIV, nos 496-497. — Bellot des Minières. *Reg. dot.*, t. XIV, n° 2, p. 868.

(2) Paul Pont. *Revue critiq. de jurispr.*, I, p. 203 et s.

exiger que les conditions de l'article 883 soient remplies, notamment que l'acquisition fasse entièrement cesser l'indivision, c'est introduire dans l'article 1408, 1^{er} alinéa, une condition qui ne s'y trouve pas et qui même est contredite par le texte, lequel suppose formellement « l'acquisition de portion d'un immeuble » (1). La théorie de M. Paul Pont, adoptée par Troplong et consacrée par un arrêt de la Cour de Paris (2) a tort d'invoquer en sa faveur l'esprit de la loi, car le but poursuivi par le législateur a été de diminuer le nombre des indivisions, d'empêcher qu'à une indivision entre l'un des époux et des tiers il s'en substituât une autre entre cet époux, la communauté et les autres copropriétaires ; or, avec la théorie qui fait de l'article 1408 une dépendance de l'article 883, ce but n'est pas atteint, ainsi que l'a très justement fait remarquer M. Marcadé : « Me refuser, parce que je n'obtiens pas immédiatement la troisième part, la seconde que j'acquiers aujourd'hui, pour me refuser ensuite, parce que je n'aurai pas la seconde, la troisième que j'achèterais quelque temps après, n'est-ce pas, dit-il, perpétuer l'indivision malgré tous mes efforts, quand la loi tend au contraire à la faire cesser ? N'est-ce pas créer une indivision entre moi et ma communauté quand la loi tend à l'éviter » (3). Que l'acquisition soit partielle ou totale

(1) En ce sens. M. Bourcart. *Note sous Pau*, 9 décembre 1889. S. 91. 2. 49.

(2) Troplong. *Contrat de mariage*, nos 660-661. — Paris, 4 août 1852. D. 52. 2. 295.

(3) Marcadé. Sur l'article 1408. 4^o En ce sens. Aubry et Rau, V, § 507, note 94. — Laurent. XXI, n^o 329. — Des Glajeux. *Rev. critiq.*, t. XXVI, p. 460. Cass., 30 janvier 1865. S. 65. 1. 440.

l'époux copropriétaire a le même intérêt à éliminer un des communistes pour acquérir des droits plus étendus et pour arriver plus facilement à la propriété absolue et exclusive de l'immeuble entier ; il ne peut arriver à accroître sa propriété personnelle et à reformer entre ses mains un bien patrimonial qu'à la condition que les acquisitions partielles d'un immeuble indivis constituent des propres. Par de telles acquisitions on doit aboutir au même résultat que par une adjudication sur licitation, car, ainsi que l'a jugé la Cour de Rouen : « par ces acquisitions partielles et successives l'époux propriétaire d'une part dans l'immeuble parvient, en définitive, à la fin de l'indivision, en exerçant une espèce de droit d'accroissement et d'accession qui reste en dehors des fictions du partage » (1).

(1) C. Rouen. Sous Cass, req., 30 janvier 1850. D. 4850. 1. 472.

CHAPITRE III

DROITS DANS UNE PRÉCÉDENTE COMMUNAUTÉ

Il peut arriver qu'une personne contracte une nouvelle union en adoptant le régime de la communauté légale avant que ses droits dans une précédente communauté aient été liquidés. Ces droits peuvent être de deux sortes : en premier lieu des droits de copropriété résultant de l'indivision dans laquelle se trouvaient les époux lors du premier mariage et en second lieu des droits à raison des reprises et des récompenses que les époux peuvent avoir à exercer avant le partage de l'actif de la communauté.

Nous n'avons rien de particulier à dire relativement au partage de la première communauté et aux droits qu'en retire l'époux qui se remarie : pour déterminer dans quelle proportion les biens partagés tombent dans la nouvelle communauté, il faut se référer aux distinctions que nous avons faites à propos du partage d'une masse indivise et admettre les mêmes solutions.

I. — *Du droit de copropriété à raison des reprises et des récompenses.*

« Sur la masse des biens, chaque époux ou son héri-

tier prélève : 1° Ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi ; 2° Le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté, et dont il n'a point été fait remploi ; 3° Les indemnités qui lui sont dues par la communauté » (art. 1470, C. civ.). Cet article indique plusieurs cas d'exercice de droits de copropriété sur une masse indivise.

Lorsque l'un des conjoints marié en secondes nocces exerce la reprise de ses biens en nature, aucune difficulté ne s'élève : cette reprise a lieu à titre de propriétaire et les biens retirés constituent des propres pendant la nouvelle communauté, s'il n'y a de clause contraire dans le contrat de mariage.

De plus l'époux prélève le prix de ses immeubles aliénés et dont il n'a pas été fait remploi et les indemnités dues par la communauté. Nous devons déterminer à quel titre il exerce ces prélèvements et voir s'il n'a pas de chef un droit de copropriété dont il convient de régler le sort dans la deuxième communauté.

L'intérêt de la question est le suivant : si les prélèvements des époux s'exercent à titre de créances, ils ont un caractère mobilier alors même que l'époux prélève des immeubles et font partie de l'actif de la nouvelle communauté. Si, au contraire, l'époux qui se remarie a de ce chef un droit de copropriété dans la précédente communauté, il faut déterminer dans quelle mesure les biens prélevés tombent en communauté et dans quelle mesure ils constituent des propres.

Il ne rentre pas dans notre sujet d'exposer la théorie si délicate et si compliquée de la nature des reprises et des récompenses. Nous ne pouvons songer qu'à indiquer les

différentes solutions admises et l'importance de chacune d'elles relativement à la question que nous traitons. Dans un but de simplification nous supposerons que c'est la femme, qui, pendant un second mariage, a des reprises et des récompenses à exercer. A quel titre les exerce-t-elle ?

Cette question était déjà controversée dans l'ancien Droit : « En Bretagne, on regardait comme immobilière l'action en reprise ou remploi de la femme, non seulement pour récompense du prix de ses immeubles aliénés, mais encore lorsqu'elle n'avait pour objet que des sommes stipulées propres et tendait par conséquent *ad mobile consequendum*. Cette action étant réputée immobilière, elle était exclue de la communauté formée entre la veuve et le second mari, si le mariage avait lieu avant que la veuve eût exercé son action » (1). C'était là une disposition particulière de la Coutume de Bretagne dont la théorie ne fut pas suivie généralement. Dans le ressort du Parlement de Paris une autre opinion prévalut et la théorie généralement admise était que les reprises, autres que les reprises en nature et les remplois, avaient un caractère mobilier, bien que l'époux en fût rempli en immeubles (2).

La controverse dure encore de nos jours. Pendant la durée de l'association conjugale, il est certain que les reprises de chaque époux constituent un droit à une somme d'argent, par suite un droit mobilier. « C'est sous cette forme que la femme peut pendant la communauté faire valoir l'hypothèque légale qui garantit ses reprises ; c'est comme créance d'une somme d'argent que les reprises

(1) Rodière et Pont. *Contrat de mariage*, I, n° 334. Edition de 1847.

(2) En ce sens. Renusson, Lebrun et Pothier.

sont évaluées au moment de la liquidation ; c'est comme créance de somme d'argent existant à la dissolution de la communauté que les récompenses produisent des intérêts au taux légal jusqu'au partage de la masse commune et donnent ainsi la mesure du droit aux prélèvements » (1).

A la dissolution de la communauté l'action en reprises se modifie : elle ne permet pas seulement d'exiger une somme d'argent, elle peut s'exercer directement sur les biens de la communauté. A ce moment naît pour l'époux le droit à des choses indéterminées, mobilières ou immobilières selon l'événement des prélèvements. Cette modification que la dissolution de la communauté fait subir à l'exercice de l'action en reprises a-t-elle pour effet d'en transformer la nature juridique ?

Il faut distinguer, suivant que la femme exerce ses reprises à l'égard des créanciers de la communauté ou qu'elle les exerce à l'encontre de son mari ou des héritiers de celui-ci.

A l'égard des créanciers de la communauté, il est admis tant en doctrine qu'en jurisprudence que la femme exerce ses reprises à titre de créancière et non à titre de propriétaire. Cette solution n'était pas douteuse pour le cas où la femme renonce à la communauté, puisqu'aux termes de l'article 1492 du Code civil, la femme qui renonce perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef : devenant étrangère à la communauté par sa renouciation, elle ne peut avoir un droit de copropriété à raison de ses reprises.

(1) Baudry-Lacantinerie. Le Courtois et Surville. *Contrat de mar.* II, n° 4133.

La question était au contraire controversée lorsque la femme accepte la communauté et la jurisprudence de la Cour de cassation admettait que la femme exerce ses reprises à titre de propriétaire, même vis-à-vis des créanciers de la communauté, lorsqu'est intervenu le célèbre arrêt rendu par la Cour de cassation, toutes chambres réunies, le 16 janvier 1858 (1), qui a consacré la théorie contraire soutenue par les Cours d'appels et par un grand nombre de jurisconsultes. Par cet arrêt, le Droit a été définitivement fixé sur ce point. « Mise en face des créanciers de la communauté, la femme qui exerce ses reprises agit comme simple créancière et non point comme propriétaire, et cette solution est aujourd'hui universellement admise tant par la jurisprudence que par la doctrine » (2). Il a été ainsi jugé en faveur des créanciers au préjudice desquels on soutenait que la femme avait le droit de prélever les biens de la communauté jusqu'à concurrence de ses reprises au lieu de venir en concours avec ces créanciers sur le prix de ces biens.

En est-il de même dans les rapports des époux entre eux? La femme, vis-à-vis de son mari, agit-elle comme créancière ou exerce-t-elle ses reprises en vertu d'un droit de copropriété dans la masse indivise que forme la communauté après la dissolution du mariage? Pour que la question se pose, il faut exclure le cas où la femme a renoncé à la communauté et celui où, ayant accepté la communauté et usant du droit que lui donne l'article 1472, deuxième alinéa, au cas d'insuffisance de la communauté, elle s'en prend aux biens du mari. « Dans ces deux hypo-

(1) Cass., 16 janvier 1858. S. 58. 1. 9.

(2) Esmein. *Revue critique de la jurisprudence*, 1877, p. 83.

thèses, dit M. Esmein, elle ne peut se présenter que comme créancière. C'est donc seulement lorsque la femme accepte une communauté suffisante que la difficulté se pose. »

Sur cette question, les auteurs sont divisés et la jurisprudence n'est pas arrivée à admettre une seule solution. Deux opinions contraires sont en présence.

D'après une première théorie, soutenue notamment par M. Toullier, la femme agit comme créancière. « L'action de la femme, dit cet auteur, même en récompense ou en remploi du prix de ses propres immeubles aliénés pendant le mariage, est purement mobilière, puisqu'elle ne tend qu'à en prélever le prix en deniers sur les effets de la communauté. » Elle a ce caractère non seulement lorsque la femme l'exerce vis-à-vis des créanciers, mais encore lorsqu'elle l'exerce vis-à-vis de son mari ou des héritiers de celui-ci.

Telle était la solution donnée dans l'ancien Droit par Bourjon, Brodeau et Lebrun (1). « L'action de remploi, disait ce dernier, est réputée mobilière à l'égard de la femme et de ses héritiers, parce qu'elle ne s'intente que pour le prix de la vente du propre et que les actions se déterminent par l'objet qu'elles poursuivent. Mais elle est aussi mobilière à l'égard du mari et de ses héritiers qui doivent le remploi. »

Cette théorie peut, dans notre Droit, revendiquer pour elle l'autorité de M. Labbé qui reconnaît aux reprises et aux récompenses une nature essentiellement mobilière et

(1) Bourjon, *Dr. Com. de la Fr.*, titre de la Com., ch. II, S. V, n° 72. Brodeau. Sur Louet. Lettre R., n° 38; Lebrun. Com., L. III, ch. II, Sect. I, Dist. II, n° 97.

refuse de faire dépendre leur nature de celle des biens attribués à l'époux (1).

Un grand nombre de décisions judiciaires intervenues sur cette question déclarent que les reprises des époux dans la communauté ou dans une société d'acquêts ne s'exercent entre eux ou leurs héritiers, comme à l'égard des créanciers, qu'à titre de simple créance et non à titre de copropriété. De ces arrêts il résulte que les récompenses dues par la communauté à l'un des époux, ayant pour objet des sommes d'argent, sont mobilières par leur nature propre, quelle que soit la nature mobilière ou immobilière des biens prélevés par les époux et représentant pour eux soit le prix des immeubles aliénés et dont il n'a pas été fait emploi, soit les indemnités qui leur sont dues par la communauté (2). « Attendu que le moyen (invoqué à l'appui du pourvoi), dit un arrêt de la Chambre des requêtes du 1^{er} juin 1862, consiste à prétendre qu'à la différence de la femme qui renonce à la communauté, c'est comme propriétaire, et non comme créancière, que la femme, qui accepte, exerce ses prélèvements sur les biens et valeurs qui la composent au jour de sa dissolution, pour se couvrir de ses reprises mobilières et qu'ainsi la nature de son droit se détermine d'après la nature des biens par elle prélevés; mais qu'une telle prétention, contraire à tous les principes du Droit, ne repose que sur une confusion qui ne résiste pas à l'examen; Attendu

(1) Note de M. Labbé, *Sous Cass.*, ch. civ., 15 mai 1872. S. 72. 4. 343. En ce sens. Aubry et Rau, V, § 514, p. 358; — Laurent, n° 537; — Guillouard. *Contrat de mar.*, II, n° 937.

(2) Caen, 27 juin 1861. S. 62. 2. 88; Cass. ch. civ., 15 mai 1872. précité; Cass. Req., 1^{er} juin 1862. S. 62. 1. 829.

qu'en effet il y a dans la femme mariée deux personnes distinctes, dont les droits de nature différente ne sauraient être confondus ; que si, en sa qualité de femme commune elle a sur la communauté un droit de copropriété dont l'exercice est suspendu pour elle pendant le mariage, mais qui se fixe à sa dissolution et aboutit, lorsqu'elle accepte, à une action en partage, en sa qualité de créancière de la communauté, elle n'a et ne peut avoir contre elle qu'une action à l'effet de se faire rembourser ce qui y est entré de son chef ; que la communauté qui n'a reçu d'elle que des valeurs mobilières réalisées par le contrat de mariage ou le prix de ses propres aliénés sans emploi ne lui doit que ces valeurs ou ce prix et que le droit pour la femme de les réclamer n'est qu'un droit purement mobilier comme la créance dont il dérive ; Attendu qu'à la vérité c'est par voie de prélèvements sur les meubles de la communauté d'abord, sur les immeubles ensuite et subsidiairement sur les biens propres de son mari qu'elle exerce ses reprises ; mais que ce prélèvement, complètement indépendant de sa qualité de femme commune et qu'elle conserve le droit d'effectuer même en renonçant à la communauté n'est point pour elle la conséquence d'un droit de propriété que comme créancière, elle ne saurait avoir ; que l'on ne peut y voir autre chose qu'un mode spécial de payement que la loi autorise en sa faveur et qui ne transforme pas la nature de la créance acquittée ; que cette créance, mobilière dans le principe, ne cesse pas de l'être parce que le payement s'est opéré au moyen de l'attribution d'immeubles. »

Cette théorie a été soutenue par M. le conseiller Laborie, dans un rapport qu'il fit à la Cour de cassation

en 1864 et est consacrée par un grand nombre de décisions judiciaires (1).

Généralement admise pour le cas où la femme renonce à la communauté, elle est repoussée par la majorité des auteurs lorsque la femme accepte la communauté.

D'après une deuxième théorie, exposée notamment par M. Esmein (2), les reprises sont entre époux une attribution à titre de propriété et non une créance.

Le système des prélèvements effectués entre époux à titre de copropriété, autrefois appelé le remploi par *delibation* et *détraction*, nous vient de l'ancien Droit où il s'est établi seulement au xvii^e siècle. Après avoir d'abord considéré les reprises comme un simple droit de créance, *ad pecuniam*, toujours mobilier, l'ancien Droit vit apparaître une nouvelle doctrine, celle des prélèvements à titre de propriété, qui alla toujours en grandissant jusqu'au Droit actuel.

Les rédacteurs du Code civil, dit-on, ont reproduit les termes employés par les jurisconsultes du dernier état de l'ancien Droit et ont ainsi montré qu'ils entendaient consacrer les mêmes règles.

D'après cette doctrine les prélèvements tels qu'ils sont organisés par le Code sont une attribution à titre de propriété et non une dation en paiement; ils font partie des opérations du partage et par suite les biens prélevés par chaque époux sur la masse commune lui adviennent avec

(1) Cass. civ., 13 décembre 1864. S. 65. 4. 89, et le Rapport de M. Laborie; Cass. civ., 6 juillet 1870. S. 70. 4. 348.

(2) Esmein. *Revue critique*, 1877, p. 83 et s.

le caractère déclaratif et rétroactif que la loi attache au partage (1).

Est-ce à titre de propriété ou de copropriété que l'époux peut avant le partage de la communauté prélever certains biens sur la masse commune? C'est un point diversement résolu par les partisans de la deuxième théorie. L'opinion qui paraît prévaloir est que l'époux agit comme copropriétaire et non comme propriétaire; le droit aux reprises et aux récompenses fait partie des droits de copropriété des époux sur la masse commune et les prélèvements auxquels ce droit donne lieu se fait à titre de partage (2).

Nous ne contestons pas que la femme puisse avoir du chef de ses reprises et des récompenses qui lui sont dues par la communauté un droit de copropriété sur la masse commune. C'est dans la section relative au partage de l'actif de la communauté qu'il est question des prélèvements: cette place est un indice de la pensée du législateur qui peut avoir préféré la solution admise dans le dernier état de l'ancien Droit à celle donnée par Lebrun, Brodeau et Bourjon. Cette manière de concevoir la nature des reprises et des récompenses a d'ailleurs des avantages pratiques, tels que l'affranchissement du droit de mutation et la dispense de la transcription, que ne présente pas la théorie adverse. Mais ce qu'il importe de savoir c'est à l'égard de quelles personnes les prélèvements

(1) Demolombe. *Tr. de la Dist. des Biens*, I, n° 363. — En sens contraire, Aubry et Rau, V, n° 537, p. 257. Consulter Poitiers, 22 mai 1884. S. 86. 2. 89 et la note de M. Esmein.

(2) M. Saleilles. *Cour de Dr. civil*, 1899-1900. *De la situation de la femme dans le mariage*. — Baudry Lacantinerie. Le Courtois et Surville, II, n° 1125.

peuvent être considérés comme une opération de partage, comme l'exercice d'un droit de copropriété. Est-ce *erga omnes* ou seulement vis-à-vis de l'autre conjoint ou de ses héritiers ?

Il est hors de doute que vis-à-vis des créanciers de la communauté les reprises et les récompenses ne s'exercent qu'à titre de créances. Cette catégorie de personnes étant écartée, que doit-on décider ? La solution de cette question présente un intérêt particulier dans le cas spécial qui nous a conduit à parler des reprises des époux, c'est-à-dire quand l'un d'eux a contracté un second mariage et adopté la communauté légale comme régime matrimonial avant que ses reprises aient été liquidées. Il s'agit de savoir si les reprises de l'époux qui se remarie tombent dans la nouvelle communauté.

Si elles s'exercent à titre de copropriété, elles constituent un droit mobilier ou immobilier suivant qu'elles sont exercées sur les meubles ou sur les immeubles et c'est au caractère de ce droit qu'il faut avoir égard pour déterminer ce qui entre dans l'actif de la deuxième communauté et ce qui reste propre à l'époux (1). Si au contraire elles s'exercent à titre de créance, elles ont un caractère mobilier alors même que le paiement en serait effectué en immeubles et comme telles elles doivent toujours tomber dans la deuxième communauté, à moins que le contrat de mariage ne contienne une clause de réalisation au sujet des reprises et des récompenses non encore exercées au jour du mariage.

« Selon nous, l'action en reprise n'est qu'une action en paiement d'une créance, action toujours mobilière,

(1) Rodière et Pont. *Contrat de mariage*, n° 335.

quel que soit le caractère de l'objet donné en paiement. Cette solution s'impose. En effet supposons que la femme ait renoncé à la première communauté, elle exerce ses reprises à titre de créancière *erga omnes* ; pourquoi, au cas d'acceptation, en serait-il autrement vis-à-vis du nouveau conjoint ? Sans doute, le Code a organisé un système particulier pour le paiement des reprises et des récompenses : il permet aux époux de faire ce qui est interdit à un créancier ordinaire, c'est-à-dire de prendre en nature des biens de la communauté pour se payer de ce que celle-ci leur doit. C'est là, bien qu'on l'ait contesté, une dation en paiement d'une nature particulière et qui, dans certains cas, est obligatoire pour les époux. « Ce mode de paiement d'une créance, dit M. Guillouard, ne peut influencer sur la nature du droit : la dette est une dette d'argent même si elle est payée en immeubles » (1). La manière particulière dont le législateur a conçu les prélèvements à l'égard des époux, pour en faciliter l'opération ne peut leur enlever leur caractère naturel qu'ils reprennent lorsqu'il n'est plus question des opérations de la liquidation de la communauté.

Nous reconnaissons que la théorie qui voit dans les prélèvements une attribution à titre de partage, a de nombreux avantages, mais il ne faut pas exagérer la pensée du législateur ; ce n'est qu'entre les époux ou l'un d'eux et les héritiers de l'autre que les reprises constituent un droit de copropriété : c'est une fiction qui s'évanouit lorsqu'il s'agit de déterminer la nature des reprises vis-à-vis de toute autre personne.

(1) Guillouard. *Contrat de mariage*, II, n° 928. En ce sens. Aubry et Rau, § 514 ; — Laurent, n° 537.

Ce n'est pas par la nature des objets prélevés que doit se déterminer la nature de l'action en reprises, lorsqu'on veut savoir si cette action doit ou non tomber dans une nouvelle communauté ; en elle-même, la créance d'un époux contre la première communauté à raison de l'aliénation d'un propre ou d'une indemnité reste toujours un droit mobilier. Si cet époux est contraint de prendre des immeubles en paiement de sa créance, ces immeubles, au cas de second mariage antérieur à la liquidation des reprises, tombent dans la nouvelle communauté, s'il n'y a pas de stipulation contraire dans le contrat de mariage. Cette solution, généralement admise dans le premier état de l'ancien Droit (1), est conforme à la jurisprudence dominante qui ne voit qu'un droit de créance dans l'action en reprises. Elle n'est d'ailleurs pas incompatible avec la doctrine qui considère les prélèvements comme une attribution de partage en vertu d'un droit de copropriété.

Pour l'exercice des prélèvements, il faut en effet distinguer ce qui est la règle et ce qui est l'exception. La règle est que l'action en reprises est un droit mobilier ; l'exception est que dans les rapports des époux entre eux ou de l'un d'eux et des héritiers de l'autre, au cas d'acceptation de la communauté par la femme, dans un but de simplification, de commodité et même d'équité, on étend les opérations du partage pour y faire rentrer l'exercice des reprises qui empruntent alors au partage son

(1) Bacquet. *Des Dr. de Justice*, ch. xxi, n° 306 ; Renusson, *des Propres*, ch. iv, n° 6 ; Lebrun, l. III, ch. ii, sect. I. Dist. II. n° 97 ; — Ferrières. *Sur la Cout. de Paris*, art. 232 ; Bourjon, *Dr. Com. de la Fr.* Tit. X, part. 6^e, ch. ii. Sect. 5, n° 70. — Consulter Merlin. *Rép.* V. Legs, sect. IV, § 2, n° 4.

caractère et toutes ses conséquences. En dehors de cette exception, l'action en reprises est purement mobilière, comme dérivant d'une simple créance (1).

(1) Baudry-Lacantinerie. Le Courtois et Surville, I, n° 269.

CHAPITRE IV

DROITS DANS UNE SOCIÉTÉ COMMERCIALE ET DANS UNE SOCIÉTÉ CIVILE

I. — DROITS DANS UNE SOCIÉTÉ COMMERCIALE

La loi répute meubles « les actions ou intérêts dans les Compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux Compagnies », article 529 Code civil.

Le droit des associés dans une société de commerce est mobilier pendant toute la durée de la société ; il en est ainsi par suite d'une fiction de droit en vertu de laquelle la société constitue une personne juridique distincte de la personne des associés. La société est propriétaire de tous les meubles et immeubles composant le fonds social ; le droit des associés, pendant la durée de la société, se réduit à réclamer des dividendes si la société réalise des bénéfices : ce droit est exclusivement mobilier.

Il en résulte que l'époux titulaire d'actions ou de parts d'intérêts dans une société commerciale n'est pas copropriétaire des biens sociaux pendant toute la durée de la société et que son droit, à cause de sa nature mobilière, tombe en communauté soit qu'il soit antérieur au comen-

cement de la communauté, soit qu'il ait été acquis au cours de l'association conjugale (1).

A la dissolution des sociétés de commerce la personnalité juridique disparaît et les associés se trouvent dans l'état d'indivision : à leur droit exclusivement mobilier succède un droit de copropriété sur l'actif social. Si l'un des associés était déjà marié au moment de la dissolution de la société, la communauté doit recueillir pour elle tous les biens mobiliers ou immobiliers attribués par le partage de la société à l'époux associé ; ces biens sont communs comme subrogés à des valeurs communes.

Lorsque la communauté légale commence entre l'époque de la dissolution d'une société commerciale et le temps où le partage de l'actif social composé de meubles et d'immeubles est effectué, quel est le droit de la communauté sur la part attribuée à l'époux associé ? Nous estimons qu'il faut se référer aux distinctions que nous avons admises plus haut à propos du droit de l'époux sur une masse indivise.

Ici toutefois une difficulté se présente. D'après la jurisprudence et la majorité des auteurs la personnalité juridique des sociétés de commerce survit à leur dissolution pour les besoins de la liquidation et jusqu'à cette opération. Les actions et les parts d'intérêts continuent-elles à être exclusivement mobilières jusqu'à la liquidation ? Faut-il dire au contraire que les associés sont dans l'indivision depuis le jour de la dissolution de la société ? Certains jurisconsultes disent que le droit des associés conserve sa nature mobilière jusqu'à la liquidation (2).

(1) Le Courtois et Surville. *Contrat de mariage*, I, n° 267.

(2) MM. Lyon-Caen et Renault. *Pr. droit commercial*, n° 365 ; — Laurent, t. V, n° 503.

Malgré l'autorité de ces auteurs, nous estimons que la survivance de la personnalité juridique des sociétés de commerce étant le résultat d'une fiction il ne faut pas étendre cette fiction au-delà des besoins de la liquidation : nous décidons en conséquence que l'indivision entre les associés a pris naissance dès le jour de la dissolution de la société qui a changé la nature des rapports existant entre les associés : la société s'est transformée en communauté. « Par sa dissolution, dit Pardessus, la société cesse d'être un individu distinct des associés qui la composent; chacun d'eux devient copropriétaire du fonds social, comme les héritiers le sont des biens de leur auteur » (1). Après la dissolution de la société, il n'y a plus de sociétaires, mais seulement des communistes. C'est d'ailleurs la solution de la Cour de Cassation (2). Cette théorie très rationnelle, soutenue en Italie par Mancini et Manfredi (3) doit être combinée avec celle de la survivance de la personnalité de la société après la dissolution.

Il en résulte que si l'un des associés se marie sous le régime de la communauté légale dans l'intervalle qui sépare la dissolution et la liquidation d'une société de commerce, la communauté ne doit pas nécessairement profiter de la totalité de la part échue en partage à l'époux associé; il y a lieu de faire une ventilation et de rechercher

(1) Pardessus. *Tr. de dr. commercial*, n° 4084. — En ce sens. Delangle. *De la Société de Commerce*, n° 681. — Baudry-Lacantinerie. *Dr. civ.* III, n° 1244.

(2) Cassation, 29 mai 1865. D. 1865. 4. 380.

(3) Mancini. *Relazione al Senato*, § 388; Manfredi. *Società anonima cooperativa*, p. 190.

dans cette part ce qui représente un droit mobilier et ce qui représente un droit immobilier (1).

II. — *Droits dans une société civile.*

D'après la jurisprudence, les sociétés civiles constituent, comme les sociétés de commerce, des personnes morales (Cassation, 23 février 1891, D. 91, 1, 337; Cassation, 2 mars 1892, S. 92, 1, 497). Si cette opinion est exacte pour déterminer les droits de l'époux associé et de la communauté sur une part d'intérêts dans une société civile, il faut se reporter aux solutions que nous avons admises à propos des sociétés de commerce.

Nous estimons que les sociétés civiles n'ont pas le bénéfice de la personnalité civile (2). Les associés sont dans un état d'indivision qui remonte au jour de la création de la société. Les droits de l'époux associé et de la communauté sur le fonds social se déterminent de la même façon que s'il s'agissait d'une succession.

(1) Le Courtois et Surville. *Contrat de mariage*, I, n° 267.

(2) MM. Lyon-Caen et Renault. *Pr. dr. commercial*, n° 126.

CHAPITRE V

DE LA RENONCIATION A UN DROIT DE COPROPRIÉTÉ

Un copropriétaire marié sous le régime de la communauté légale peut-il renoncer à ses droits dans une masse indivise comprenant des meubles, à une succession par exemple, sans indemnité au profit de la communauté ?

Aux termes de l'article 785 du Code civil « l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier ». Si cette disposition a une portée générale, la communauté doit être réputée n'avoir acquis aucun droit sur les meubles de la succession échue à l'époux renonçant et ne peut se faire indemniser d'un préjudice qu'elle n'a pas subi.

En droit romain l'héritier qui renonçait à une succession négligeait d'acquérir. Sous l'empire du Code civil, comme dans l'ancien Droit, il se dépouille d'un droit que la loi lui a fait acquérir. Pothier disait que la renonciation à succession ressent l'aliénation. Une telle renonciation n'est pas de tous points une aliénation, car il n'y a pas de transfert de propriété de l'héritier renonçant aux autres héritiers dont les droits remontent, aux termes de l'article 777 Code civil, au jour de l'ouverture de la succession. Il y a, de la part du renonçant, abdication d'un droit qui était entré dans son patrimoine : son droit est

résolu. L'héritier renonçant est écarté de la succession et lors du partage, ni lui ni la communauté ne peuvent se présenter pour recueillir une part de la succession.

Mais il importe de savoir si la résolution de son droit avec effet rétroactif à l'égard de ses cohéritiers a pu enlever à la communauté toute prétention, non pas aux objets mobiliers héréditaires, ce qui est hors de doute, mais à une récompense égale à la valeur du mobilier auquel aurait eu droit l'héritier renonçant.

Les auteurs qui admettent que le droit de la communauté sur une succession échue à l'un des époux ne prend naissance qu'au jour du partage et suivant le résultat de cet acte, doivent admettre que l'époux peut renoncer à cette succession sans avoir de compte à rendre à la communauté.

Nous avons rejeté cette manière de concevoir le droit de la communauté qui a, selon nous, sinon la personnalité juridique, du moins une existence indépendante de celle des époux. Le droit de la communauté remonte au jour où l'indivision a pris naissance et dépend uniquement de la présence ou de l'absence d'objets mobiliers dans la masse indivise. En conséquence nous décidons que l'époux ne peut renoncer à son droit héréditaire au préjudice de la communauté et sans devoir de récompense à celle-ci.

Une objection peut nous être faite et nous voulons la prévenir. On pourrait nous objecter que la renonciation de la part de la femme ou du mari à un droit de copropriété dont la communauté devrait profiter ne peut jamais donner lieu à récompense. En effet peut-on dire, si la renonciation émane de la femme, celle-ci doit obtenir le concours et l'autorisation de son mari ; cette renonciation, en ce qui concerne la part qui aurait dû revenir à la com-

munauté, équivaudra à une donation de meubles faite par les deux époux aux autres copropriétaires ; une telle donation est permise et ne donne jamais lieu à récompense. Nous répondons que l'autorisation donnée par le mari ne doit pas toujours le faire considérer comme donataire et de plus qu'il est nécessaire de rechercher si la femme n'a pas tiré un profit personnel de cette renonciation qui la dispense du rapport à succession. Si la renonciation émane du mari, il n'est dû aucune récompense à la communauté, peut-on dire, parce que le mari dispose à titre gratuit d'une valeur mobilière commune, comme il en a le droit aux termes de l'article 1422 2^e alinéa Code civil. Une telle objection n'est pas fondée. Le mari ne peut disposer à titre gratuit de la part de meubles revenant à la communauté dans une succession à lui échue, car une telle disposition est une donation de meubles à titre universel, et non à titre particulier ; or les donations de meubles à titre particulier lui sont seules permises, article 1422 Code civil. Tel est du moins l'avis de la jurisprudence (1).

Nous concluons en disant que l'époux qui renonce à un droit de copropriété et prive de ce fait l'association conjugale des meubles qui lui seraient échus lors du partage de la masse indivise, doit indemniser la communauté de tout le préjudice que lui cause cette renonciation. D'ailleurs en admettant cette solution nous n'innovons pas, nous ne faisons que reprendre celle admise dans l'ancien Droit par Lebrun (2).

(1) Bordeaux, 46 janvier 1878. S. 78. 2. 252.

(2) Lebrun. *Tr. de la Com.*, l. 1, ch. v, sect. II. Dist. 1.

TROISIÈME PARTIE

DU DROIT DE COPROPRIÉTÉ SOUS LE RÉGIME DOTAL

Lorsque la part indivise que la femme possède en se mariant ou qu'elle acquiert au cours du mariage est comprise dans la constitution de dot, la dotalité, pendant la durée de l'indivision, frappe cette quote-part sans s'étendre à tous les biens sur lesquels elle porte (1). Mais lorsque, après le partage, des biens déterminés ont pris dans le patrimoine de la femme la place de cette part indivise, il faut déterminer dans quelle mesure ces biens sont dotaux.

Lorsque le contrat de mariage ne contient aucune clause à ce sujet, on éprouve de grandes difficultés pour déterminer ce qui est dotal et ce qui est paraphernal. Ces difficultés apparaissent principalement lorsque le partage n'a pas eu lieu en nature ou lorsque ayant été fait en nature les prescriptions de l'article 832 Code civil n'ont pas été suivies; ainsi la femme peut avoir reçu une part d'immeubles plus forte que celle à laquelle elle avait droit moyennant le paiement d'une soulte ou d'un prix de licitation; à l'inverse, une plus forte part de meubles peut

(1) Rodière et Pont, *Contrat de mar.*, III, n° 1663.

lui avoir été attribuée pour compenser l'infériorité de sa part d'immeubles. Doit-on attribuer le caractère dotal à tout ce que la femme reçoit à titre de partage, en vertu de la maxime de l'effet déclaratif et rétroactif du partage ? Faut-il, au contraire, ne tenir aucun compte de cette fiction et ne considérer comme dotaux que les biens représentant exactement la part indivise de la femme ? Pour résoudre cette question il y a plusieurs hypothèses à examiner.

I. — CONSTITUTION EN DOT DE LA PART INDIVISE

A. — *Part indivise dans un immeuble.*

Si l'immeuble indivis est commodément partageable et si la femme reçoit une part correspondant à son droit de copropriété, aucune difficulté n'existe ; cette part divise est dotale comme l'était la part indivise.

Mais cet immeuble peut ne pas être facilement partageable en nature et il peut être nécessaire, pour faire cesser l'indivision, soit de l'attribuer en totalité à un seul des copropriétaires moyennant le payement de soulte, soit de le liciter. Supposons qu'il soit attribué en entier à une femme dotale ou que celle-ci s'en rende adjudicataire sur licitation. Cet immeuble va-t-il être dotal pour le tout ou seulement jusqu'à concurrence de la part de la femme ?

En vertu de la règle de l'article 883, il est censé avoir appartenu à la femme depuis le jour où l'indivision a pris naissance, mais cette fiction ne peut avoir pour conséquence d'étendre à la totalité de l'immeuble le caractère

dotal qui ne frappait, avant le partage, qu'une partie de cet immeuble. Admettre la solution contraire, ce serait violer un principe fondamental en matière de régime dotal formulé par l'article 1543 Code civil, aux termes duquel la dot ne peut être augmentée pendant le mariage. La femme, en se rendant adjudicataire de la totalité de l'immeuble ne peut augmenter sa dot et diminuer le gage de ces créanciers en payant le prix de licitation avec des deniers paraphernaux. L'immeuble est dotal pour une partie correspondant à la part indivise de la femme, pour le surplus il est paraphernal. Comme le disent à juste titre MM. Aubry et Rau : « les questions de dotalité qui peuvent s'élever à l'occasion d'acquisitions faites pendant le mariage doivent exclusivement se décider par les dispositions combinées des articles 1543 et 1553, qui sont spéciales à la matière. Il ne saurait dépendre de la volonté de la femme d'augmenter ou de transformer sa dot durant le mariage, en se rendant adjudicataire sur licitation de la totalité d'immeubles dans lesquels elle ne possédait qu'une part indivise au moment de la passation du contrat de mariage » (1).

D'ailleurs en admettant cette solution on ne fait qu'interpréter la volonté de la femme, qui, en se constituant en dot sa part indivise dans un immeuble sans indiquer que la dotalité frapperait tous les biens qui pourraient lui échoir à la suite d'un partage, a dû vouloir rendre paraphernal tout ce qui lui serait attribué au delà de sa part : la constitution en dot de sa part indivise équivaut à une constitution de biens jusqu'à concurrence d'une somme fixée par la valeur de sa part indivise. Il faut ici faire

(1) Aubry et Rau. V. § 534. note 42.

prévaloir cette volonté sous-entendue qui respecte l'article 1543 Code civil, sur la fiction de l'article 883 dont on exagérerait la portée en la faisant servir à déterminer dans quelle mesure les biens ainsi acquis par la femme sont dotaux ou paraphernaux. Cette solution ne paraît d'ailleurs être contestée ni en doctrine ni en jurisprudence (1).

Nous avons supposé que le prix de licitation ou la soulte était payé par la femme avec des deniers paraphernaux. Qu'arriverait-il si le paiement avait été effectué avec des deniers dotaux ? Il faudrait alors appliquer l'article 1553, 1^{er} alinéa, Code civil : l'immeuble ne serait dotal pour la totalité qu'à la condition que les parts des consorts de la femme aient été acquises en emploi de deniers dotaux ou en remploi d'un immeuble dotal dont l'aliénation était permise.

Si l'immeuble, acquis par la femme, a été payé avec des deniers dotaux non sujets à emploi, il constitue un paraphernal que les créanciers de la femme peuvent saisir et faire vendre.

En droit romain, cette solution faisait quelque doute, car au *Digeste*, loi 54 : De fundo dotali, il est dit : « Res quæ ex pecunia dotali comparatæ sunt, dotales esse videntur. » Dans notre ancienne jurisprudence, ce doute se dissipa et depuis un plaidoyer célèbre de d'Aguesseau (2) qui démontra que le mot « videntur » de la loi 54 ne devait pas être pris à la lettre, il fut admis que les

(1) Tessier, *De la Dot*, I, p. 275 ; — Guillouard, *Contrat de mariage*, IV, n° 1759 ; — Rodière et Pont, II, 1663 ; — Limoges, 22 juillet 1835, S. 39, 2, 299.

(2) D'Aguesseau, *Œuvres*, t. II, 27^e plaidoyer, p. 642, édition de 1761.

biens acquis avec des deniers dotaux non sujets à emploi n'étaient pas dotaux. Le Code civil paraît avoir adopté l'opinion de d'Aguesseau.

Sur cette question, cependant, il existe en jurisprudence, une théorie particulière connue sous le nom de « Théorie de la dotalité renfermée » et qui, depuis 1839, date de sa première apparition, a toujours été consacrée par les tribunaux. Lorsque la condition d'emploi des deniers dotaux n'a pas été stipulée dans le contrat de mariage, la jurisprudence décide que si les biens acquis avec ces deniers constituent des paraphernaux et comme tels peuvent être saisis par les créanciers de la femme, c'est sauf le droit pour celle-ci de reprendre sur le prix d'adjudication la somme employée à l'acquisition de ces immeubles qui sont la représentation et le gage des deniers dotaux (1).

Cette dotalité, cachée sous la paraphernalité est, d'après la jurisprudence, opposable même aux créanciers hypothécaires de la femme; ceux-ci ne peuvent saisir et faire vendre ces biens qui renferment, soi-disant, la dot mobilière, qu'à la double condition de s'engager à faire monter le prix de vente à une somme au moins égale à la valeur de la dot mobilière incluse et de mettre de côté une telle somme que la femme prélève par préférence à ses propres créanciers. C'est ainsi que l'a très judicieusement fait remarquer M. Planiol « une sorte de demande en distraction par laquelle la femme soustrait aux poursuites de ses créanciers une valeur qui n'est pas saisissable. Cela revient à dire que si le paraphernal représentant la dot peut théoriquement être saisi par les créanciers; ceux-ci n'ont

(1) Cass., 21 nov. 1871, S. 71, 1, 415. — Cass., 29 décembre 1875, S. 77, 1, 58. — Rennes, 4 mars 1880, S. 81, 2, 265 et la note.

pratiquement comme gage que l'excédent de sa valeur sur la valeur de la dot, par exemple, s'il y a eu une plus-value fortuite ou si des constructions y ont été élevées » (1).

Cette idée d'une valeur dotale incluse dans un bien paraphernal est de nature à menacer les droits légitimes des tiers qui sont trompés par la fausse apparence de paraphernalité de ce bien; cet inconvénient a valu le nom de « bâtarde » à cette dotalité incluse (2). Ces inconvénients ont été compris par la jurisprudence la plus récente qui soumet l'application de la quasi-dotalité à une condition de publicité. Depuis un arrêt rendu le 3 juin 1891 par la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation (3), elle exige que, lors de l'acquisition de l'immeuble représentant la dot mobilière, il ait été fait mention de la nature dotale des deniers qui ont servi à l'acquérir.

Malgré ce correctif, il n'en reste pas moins vrai, ainsi que le déclare M. Planiol, que « cette inclusion de la dot dans un bien qui reste paraphernal, crée une situation anormale, pleine de dangers pour la pratique et pleine de difficultés pour la théorie ».

Si l'immeuble indivis a été attribué ou adjudgé sur licitation à un autre copartageant que la femme et si celle-ci a été remplie de ses droits de copropriété au moyen du paiement d'une soulte ou d'un prix de licitation il faut considérer comme dotales ces sommes subrogées à

(1) Note de M. Planiol. Sous Cass., Civ., 26 novembre 1895, D. 96. 1. 313.

(2) Marcadé, *Expl. C. Nap. sur l'art. 1553*, n° 4. — Troplong, *com. Contr. de Mar.*, t. VI, nos 3189 à 3193.

(3) Cass. req., 3 juin 1891. D. 92. 1. 43. — Cass., 26 nov. 1895, précité.

une portion d'immeuble qui pouvait être aliéné en vertu de l'article 1558, 6^e alinéa, Code civil. Il doit être fait emploi de ces sommes (1558 7^e al.). La même solution doit être admise lorsque la licitation a eu lieu au profit d'un étranger. « Si l'immeuble est adjugé à un tiers, disent MM. Aubry et Rau, la portion du prix afférente à la femme est dotale et doit comme telle être employée à son profit. L'adjudicataire peut donc refuser le paiement de cette portion du prix tant qu'il ne lui est pas justifié d'un emploi régulier. S'il l'avait acquittée sans exiger de emploi, il pourrait être contraint à la payer une seconde fois ; mais la femme ou ses héritiers ne seraient pas admis à demander, pour ce motif, la nullité de la licitation » (1).

Le défaut de emploi n'est pas une cause de nullité de la licitation, parce que l'inaliénabilité des biens dotaux n'est pas un obstacle à la vente de l'immeuble indivis dont une femme dotale est copropriétaire. L'adjudicataire acquiert valablement cet immeuble et s'il est en même temps un copartageant, il peut invoquer l'article 883 aux termes duquel il est réputé avoir toujours été propriétaire de ce bien. Mais la règle de l'effet déclaratif de la licitation ne s'applique pas à l'égard de la femme dotale dont le droit a été aliéné et non résolu rétroactivement comme celui des autres copropriétaires ; à l'égard de la femme mariée sous le régime dotal, la licitation est une vente ; la disposition de l'article 1558 alinéa 6 et 7, le prouve. Si le partage, dont la licitation est une des opérations préalables, n'était en réalité, comme on l'a soutenu, qu'une fixation de part, comment expliquer la disposition de l'article 1558 ? Com-

(1) Aubry et Rau. V. § 537, p. 596. En ce sens, Cass., 40 mars 1856. S. 56. 1. 657. En ce sens, Le Courtois et Surville, III, n° 1727.

ment comprendre que cette disposition constitue une exception à la prohibition d'aliéner les biens dotaux édictée par l'article 1554 ? La part revenant à la femme dans le prix de licitation constitue une valeur représentative d'un droit immobilier et l'emploi en est obligatoire alors même que les deniers dotaux peuvent rester libres entre les mains du mari. La disposition de l'article 1558 Code civil, qui édicte cet emploi et que les partisans de l'extension à outrance de la fiction du partage déclaratif ne peuvent éluder, montre que les garanties données à la femme au sujet de la restitution de sa dot ne peuvent être compromises par l'événement d'un partage ou d'une licitation que la femme est obligée de subir.

Si au lieu de se rendre adjudicataire de la totalité d'un immeuble dont elle est copropriétaire, la femme acquiert seulement une portion de cet immeuble, cette part constitue un bien paraphernal, alors même qu'elle aurait été acquise avec des deniers dotaux, car la femme ne peut, pendant le mariage, augmenter sa dot : l'article 1543 Code civil le lui interdit. La dotalité ne peut frapper cette part qu'à la condition qu'elle ait été acquise avec des deniers dotaux sujets à emploi (1). L'immeuble indivis peut ainsi se trouver, quant aux parts appartenant à la femme, en partie paraphernal et en partie dotal et soumis à l'administration des deux époux. Un règlement entre eux est alors nécessaire pour mettre fin à cette communauté d'administration et de jouissance.

(1) Aubry et Rau. V. p. 543, § 534.

B. — *Part indivise dans une universalité de biens.*

Lorsque les droits qu'une femme dotale possède dans une succession ouverte au profit de plusieurs héritiers ou dans une masse indivise quelconque forment l'objet d'une constitution de dot, la dotalité frappe tous les biens que la femme reçoit en partage. Cette solution qui n'est contestée par personne, est basée, selon les uns, sur la règle contenue dans l'article 883, selon d'autres, sur la volonté présumée de la femme. Le résultat du partage est indifférent à l'étendue de la dotalité, mais il peut faire naître quelques difficultés au sujet des droits et des obligations du mari sur les biens mis dans le lot de la femme.

Si par suite du partage de la masse indivise celle-ci recueille proportionnellement autant de meubles que d'immeubles, aucune difficulté ne peut exister : tout le lot est dotal et les droits et obligations du mari sont indiqués soit par le contrat de mariage, soit par les règles ordinaires en matière de régime dotal.

Il n'en est pas de même lorsque des valeurs mobilières ont été attribuées à la femme pour compenser l'inégalité de sa part dans les immeubles : ces valeurs doivent-elles être considérées comme la représentation des immeubles qui auraient dû être attribuée à la femme ? Faut-il dire au contraire que par suite de l'effet déclaratif et rétroactif attaché au partage la femme est censée n'avoir jamais eu aucun droit sur les immeubles auxquels elle ne succède pas ? Nous laissons de côté les rapports de la femme et de ses consorts pour n'envisager que les droits et obligations du mari sur les biens attribués à sa femme. La

question que nous avons à résoudre présente un grand intérêt lorsqu'aux termes du contrat de mariage les capitaux mobiliers composant la dot peuvent rester libres, tandis que le prix des immeubles est sujet à emploi, dans les cas où ces immeubles peuvent être aliénés. Si on tient compte de la fiction de l'effet déclaratif du partage, on doit décider que le mari peut toucher toutes les valeurs mobilières attribuées par le partage à sa femme sans jamais être tenu d'en faire emploi (1).

Nous repoussons cette solution. Pour savoir si une femme dotale a recueilli des valeurs dont l'emploi ou le remploi est obligatoire, il faut, dans notre hypothèse, avoir égard à la consistance de la masse indivise et non au résultat du partage ; on doit considérer l'ensemble de la succession, par exemple, et voir ce que la femme aurait dû avoir en meubles et en immeubles : si l'infériorité de son lot immobilier est compensée au moyen d'une attribution mobilière plus forte, cet excédent de valeurs mobilières est le prix d'aliénation d'immeubles et comme tel il doit en être fait emploi (art. 1558).

Il n'y a pas à distinguer entre les capitaux fournis par un copartageant à la femme pour la remplir de ses droits immobiliers et le prix d'adjudication sur licitation payé par un étranger (2). Dans cette dernière hypothèse, le prix de licitation est incontestablement soumis au remploi, article 1558, 7^e alinéa ; pourquoi en serait-il autrement du prix et de la soulte fournis par un copartageant ; ces valeurs représentant des droits immobiliers sont soumises au remploi. La qualité de cohéritier dans la personne du

(1) Caen, 9 mars 1839.

(2) Demolombe. *Successions*, V. n^o 278.

débiteur ne doit pas pouvoir restreindre les obligations du mari et par suite diminuer les garanties que la femme a prises contre celui-ci. C'est à tort, pensons-nous, que la Cour de Caen, dans un arrêt du 9 mars 1839, a fait une distinction entre le prix de licitation et les valeurs mobilières indivises. « Considérant, dit la Cour de Caen, que si l'article 1558 veut qu'il soit fait emploi au profit de la femme du prix d'un bien indivis et impartageable, vendu par licitation, c'est qu'alors ce prix payé par l'adjudicataire de ses propres deniers n'a jamais appartenu au défunt et n'est point par conséquent un des effets de la succession, mais qu'il en est autrement lorsque c'est avec des valeurs mobilières faisant partie de l'hérédité que la différence entre les lots des immeubles est calculée. » Cet arrêt fait une fausse application de la disposition de l'article 883 que le législateur a édictée pour régler les rapports entre les copartageants et non pour déterminer les obligations du mari sous le régime dotal. Les garanties conférées à la femme par la loi ou par le contrat de mariage ne peuvent être compromises par un fait purement accidentel, dépendre de la source à laquelle sont puisés les capitaux destinés à remplir la femme de ses droits sur les immeubles indivis.

Nous avons supposé que la part indivise de la femme avait fait spécialement l'objet d'une constitution de dot. Il peut arriver que ce droit de copropriété soit compris implicitement dans une constitution en dot des biens présents ou des biens présents et à venir.

II. — CONSTITUTION EN DOT DES BIENS PRÉSENTS ET DES BIENS PRÉSENTS ET A VENIR

A. — *Constitution en dot des biens présents.*

Une telle constitution de dot peut comprendre tous les biens présents ou être restreinte, soit aux meubles, soit aux immeubles. Dans le premier cas, la part indivise possédée par la femme au jour du mariage, est certainement dotale et les biens qu'elle reçoit en partage sont dotaux s'ils sont exactement la représentation de ses droits dans la masse indivise. Il faut admettre dans cette hypothèse les mêmes solutions que lorsque la part indivise a fait l'objet d'une constitution de dot spéciale, en distinguant suivant que le droit de copropriété de la femme porte sur un immeuble déterminé ou sur une universalité.

Certains auteurs cependant estiment qu'il ne faut pas admettre les mêmes solutions et ont une tendance à étendre la dotalité lorsque la part indivise de la femme est comprise dans une constitution de dot de tous les biens présents ; dans cette hypothèse, disent-ils, l'article 883, doit servir à déterminer ce qui doit composer la dot. Ainsi lorsque parmi les biens présents constitués en dot, il y a une part indivise sur un immeuble, M. Guillouard admet que cet immeuble est dotal pour la totalité si la femme s'en rend adjudicataire sur licitation, tandis qu'il admet la solution contraire dans l'hypothèse où cette même part a été spécialement constituée en dot. « Par l'effet du partage, dit-il, ou de la licitation qui en tient lieu, la femme

est réputée avoir toujours été propriétaire de l'immeuble dont elle s'est rendue adjudicataire ; et, comme elle s'est constitué en dot tout ce qui lui appartient dans le présent, nous pouvons dire qu'elle s'est constitué en dot tout l'immeuble, car elle avait au moment de la constitution de dot un droit éventuel à la totalité de cet immeuble. »

D'après cette théorie, lorsqu'une femme possède des biens indivis au moment du mariage et qu'elle se constitue en dot tous ses biens présents, la dotalité frappe tous les biens qui lui sont attribués par le partage ou dont elle se rend adjudicataire sur licitation (1).

Nous estimons que cette solution doit être repoussée comme violant l'article 1543 du Code civil qui défend d'augmenter la dot pendant le mariage. La femme n'avait aucun droit même éventuel à la totalité de l'immeuble lorsqu'elle s'est mariée ; en acquérant l'immeuble tout entier, elle réalise une acquisition volontaire qui doit être sans influence sur l'étendue de sa constitution de dot.

Si la femme, lors du mariage, ne s'est constitué en dot que ses meubles ou ses immeubles présents, pour déterminer le caractère dotal ou paraphernal des biens échus en partage, il ne faut tenir aucun compte du résultat de cet acte. Si la constitution de dot ne comprend que les meubles présents, les biens de cette nature mis dans le lot de la femme seront dotaux dans la mesure où ils représentent les droits mobiliers de celle-ci ; le surplus sera paraphernal. Dans le cas où il ne serait attribué que des immeubles, ceux-ci seront dotaux en partie, le mari en aura l'administration, mais ils seront aliénables. Si

(1) En ce sens, Tessier, *De la Dot*, n° 54, p. 283.

la femme ne s'est constitué en dot que ses immeubles présents, tous ceux qu'un partage effectué au cours du mariage lui fait acquérir pour la remplir du droit de copropriété dont elle était titulaire au jour du mariage ne sont dotaux que jusqu'à concurrence de la valeur comparative des immeubles dans la masse indivise (1).

B. — Constitution en dot de tous les Biens présents et futurs.

Lorsque la constitution de dot a une telle étendue, tout ce que la femme recueille par le partage soit d'un immeuble indivis, soit d'une universalité de biens, est frappé de dotalité, quelle que soit l'époque à laquelle le droit de copropriété a pris naissance. Dans cette hypothèse il ne peut être question d'une augmentation de la dot qui comprend l'universalité de ce qui appartient à la femme. « Ici, dit M. Tessier, on ne peut dire que si la femme eût été propriétaire exclusive des immeubles, elle ne se fût peut-être constitué qu'une partie des immeubles, puisque sa constitution porte expressément sur tous ses biens présents et à venir » (2).

Mais est-ce à dire qu'il faut considérer la femme comme ayant toujours eu la propriété de ce que le partage lui attribue et n'avoir jamais eu de droit sur les biens échus à ses conjoints ? Nous ne le pensons pas. Pour déterminer dans quel cas il y a lieu à remploi, il faut considérer ce

(1) En sens contraire, Guillouard. *Contr. de Mariage*, IV, n° 1760

(2) Tessier, *Op. cit.*, I, p. 275.

que la femme aurait dû recevoir et non l'état de choses créé par le partage : ainsi le mari peut être tenu de faire emploi d'un prix de licitation, comme représentant le prix d'une aliénation d'immeuble, alors qu'il pourrait en être dispensé si on considérait ce prix uniquement comme une valeur mobilière. Cette solution est nécessaire pour empêcher les transformations du patrimoine dotal de la femme interdite au même titre que l'augmentation de la dot.

III. — DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS PENDANT LE MARIAGE

L'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal rend la femme copropriétaire des biens qui composent cette société à laquelle elle peut renoncer comme à toute communauté. Si au contraire elle l'accepte, elle se trouve, lors de la dissolution de cette société, définitivement copropriétaire des biens qui la composent et elle est tenue de la moitié des charges qui la grèvent.

Lorsque cette dissolution survient avant la fin du mariage, une question se pose : Quelle est la condition des biens que la femme recueille lors de la liquidation de cette société ? Sont-ils dotaux ? Sont-ils paraphernaux ?

Pour pouvoir répondre à cette question il faut connaître les clauses du contrat de mariage et l'étendue de la constitution de dot. Lorsque les conventions matrimoniales n'ont rien réglé à ce sujet, les biens attribués à la femme sont, sans aucun doute, paraphernaux, si la constitution

de dot ne comprend que des biens déterminés ou les biens présents lors du mariage ; les biens provenant de la société d'acquêts ne peuvent être dotaux, puisqu'ils ont tous été acquis au cours du mariage.

La question offre quelque difficulté lorsque la femme s'est constitué en dot ses biens à venir. Dans cette hypothèse, M. Tessier (1), considère comme dotal tout ce que la femme acquiert *jure socio* dans le partage d'une société d'acquêts ayant existé entre elle et son mari. MM. Aubry et Rau décident au contraire que la part de la femme dans la société d'acquêts ne fait pas partie de la constitution de dot (2). En conséquence tout ce que la femme recueille lors du partage de cette société, est paraphernal et forme le gage de ces créanciers ; la femme peut vendre ces biens, comme le mari aurait pu le faire pendant la durée de la société d'acquêts. Cette solution est admise par Troplong : « La femme, dit-il, ne peut être tout à la fois commune pour acquérir et dotale pour conserver. La dot exclut la femme des bénéfices du mariage. Si donc elle fait un profit, c'est que ce profit n'est pas dotal, c'est qu'il résulte d'une communauté, c'est que par conséquent, l'inaliénabilité lui est inapplicable. A quel titre la femme a-t-elle pris la chose ? à titre de commune et elle voudrait être dotale ? Puisque la femme n'a acquis la chose que parce qu'elle n'était pas dotale en partie, elle ne peut donc se placer sous l'égide de la dot (3).

Cette solution est généralement admise. Pour que la part de la femme dans une société d'acquêts soit dotale

(1) Tessier. *Tr. de la Dot*, p. 210.

(2) Aubry et Rau. V. § 534, p. 533.

(3) Troplong, *C. de mar.*, III, n° 4910.

et comme telle frappée d'inaliénabilité dans l'intervalle de temps devant s'écouler entre la dissolution de cette société et celle du mariage, il faut une clause expresse du contrat de mariage frappant de dotalité les immeubles provenant de la société d'acquêt (1). La Cour de Rouen en 1844 a jugé que cette convention ne peut pas s'induire de la clause générale que tout ce qui adviendrait à la femme serait dotal. « Attendu, dit cet arrêt, que si l'on conçoit la possibilité que des biens futurs, des biens non apportés, mais qui adviendraient, soient à l'instant même frappés de dotalité, c'est nécessairement et uniquement lorsqu'ils adviennent à la femme directement, lorsque la mutation s'opère à son profit à un titre qu'on puisse dire égal à celui d'une donation ou d'une succession ; mais qu'il n'en sera jamais ainsi de cette part éventuelle que la femme prend dans les immeubles ayant reposé sur la tête du mari représentant la société, du mari qui en était seul le maître ; attendu que rien ne serait plus bizarre qu'une propriété de ce genre considérée comme dotale seulement à partir de l'acceptation de la communauté, qui pourrait même et nécessairement y être remplacée de plein droit par l'effet de la renonciation à la séparation de biens et comme le veut l'article 1451 ; Attendu qu'il répugne à l'essence de la constitution dotale qu'elle dépende ainsi dans son objet de telles variations, d'événements aussi incertains » (2).

Les biens recueillis par la femme lors du partage de la société d'acquêts, constituent des paraphernaux. Cette

(1) La possibilité d'une telle clause a même été contestée par le conseiller rapporteur de la Cour de Cassation de l'arrêt du 29 juin 1847. D. 47. 1. 295 ; S. 47. 1. 606.

(2) C. Rouen, 25 juin 1844. S. 44. 2. 166.

solution a été consacrée par la Cour de Cassation qui fonde sa décision sur les considérations suivantes : « Attendu que si les articles 1387, 1497 et 1581 du Code civil, permettent aux futurs époux d'emprunter au régime de la communauté et au régime dotal les règles qui conviendront à leurs intérêts comme à leur volonté, c'est à la condition toutefois que ces règles, tirées des deux régimes, se combineront sans se contredire et sans que les stipulations convenues et insérées dans leur contrat puissent, pendant la durée du mariage, être changées par le fait desdits époux ; — attendu que la prétention de soumettre à la dotalité des immeubles acquis pendant la durée et pour le compte de la société d'acquêts, et ayant ainsi définitivement acquis la nature de biens communs, tendrait précisément à contredire la clause relative à ladite société d'acquêts, à changer par le fait des époux (leur séparation de biens) une clause substantielle de leur contrat de mariage, ce qui ne serait pas moins contraire à l'essence du régime dotal qu'à celle du régime de la communauté » (1).

Il doit en être ainsi dans l'intérêt des tiers qui, en traitant avec la femme relativement à un bien provenant de la société d'acquêts, croient contracter dans les mêmes conditions qu'ils auraient pu le faire avec le mari pendant la durée de la société d'acquêts ; pour faire échec à leurs droits, il faut pouvoir leur opposer une clause formelle du contrat de mariage.

Postérieurement à la séparation de biens qui a pour conséquence la dissolution de la société d'acquêts, la femme peut aliéner les biens provenant de cette société, tandis qu'elle demeure incapable d'aliéner ses biens dotaux. La

(1) Cassation. Civ. 29 juin 1847. S. 47. 1. 606.

dissolution de la société d'acquêts adjointe au régime dotal n'a aucune influence sur la condition de ces différents biens.

IV. — RÉGLEMENT D'UNE SUCCESSION EN PARTIE DOTALE ET EN PARTIE PARAPHERNALE ÉCHUE A LA FEMME

Lorsque des biens échus par succession à une femme dotal sont en partie dotaux et en partie paraphernaux, il n'existe pas à proprement parler d'indivision à raison de ces biens, puisque, dotaux ou paraphernaux, ils appartiennent tous à la femme qui en est propriétaire unique. Cependant, ainsi que l'a fait remarquer M. Planiol (1), si ces biens ne sont pas dans l'indivision pour la propriété, ils y sont pour la jouissance, car le mari et la femme ont chacun un droit de jouissance sur ces biens, dotaux pour une partie, paraphernaux pour l'autre. Dans cette mesure il y a indivision ; un classement de ces biens est nécessaire et l'opération susceptible de l'opérer est un partage. Ce n'est pas d'ailleurs un simple partage de jouissance. « Il y a en effet en jeu, dit M. Planiol, un autre intérêt que la division du droit de jouissance et d'administration entre les époux, car les biens qui seront attribués au mari seront inaliénables ; il ne s'agit donc pas seulement de la jouissance, mais de la propriété elle-même. » Le classement des biens dotaux et des biens paraphernaux est nécessaire pour faire disparaître tout vestige d'indivision. Les époux peuvent procéder à l'amiable à ce clas-

(1) M. Planiol, *Revue critique*. 1886, p. 311 et suiv.

sement dont le résultat est opposable aux tiers. Ils peuvent, s'ils le préfèrent, recourir à une licitation en justice qui aura lieu entre la femme seule propriétaire de tous les biens à liciter et le mari représentant la portion dotale. Une telle licitation a quelque chose de surprenant, puisqu'il n'y a qu'un seul et même propriétaire ; mais elle est possible, car il y a indivision pour la jouissance et même pour la propriété à cause de l'inaliénabilité qui frappe les biens dotaux.

La doctrine la plus récente autorise une telle licitation et considère le mari comme ayant qualité pour y faire procéder non seulement au sujet de la jouissance, mais encore au sujet de la propriété des biens dotaux, quoique l'action en partage, quant à la propriété, doive être intentée par le mari et par la femme (art. 848). Dans cette hypothèse, disent MM. Le Courtois et Surville, « il ne s'agit pas d'un partage proprement dit, supposant essentiellement une indivision entre la femme et des tiers. Il s'agit de la distribution des biens de l'épouse, seule propriétaire, entre la classe des biens dotaux et celle des paraphernaux ; c'est un classement juridique à opérer. Or, dans ce classement, c'est le mari qui représente les biens dotaux comme la femme représente les paraphernaux » (1).

Cette solution ne peut pas être admise lorsque la séparation de biens a été prononcée entre les époux avant l'ouverture d'une succession qui fait recueillir à la femme des biens en partie dotaux et en partie paraphernaux. Il n'y a plus de jouissance indivise entre les époux puisque la séparation de biens a pour effet de priver le mari de l'administration et de la jouissance des biens dotaux ; à

(1) Le Courtois et Surville, *Contr. de Mar.*, III, n° 1728.

ce sujet il n'y a pas lieu à partage. Mais la séparation de biens ne faisant pas disparaître l'inaliénabilité des biens dotaux, il y a toujours intérêt à opérer le classement des divers biens échus à la femme pour déterminer ceux que ses créanciers peuvent saisir et ceux qui ne forment pas leur gage. Quel sera le contradicteur de la femme pour opérer ce classement? Le mari se trouve sans qualité pour procéder à ce partage.

Certains auteurs proposent, dans cette hypothèse, la nomination d'un curateur aux biens dotaux qui remplirait le rôle que la séparation de biens a fait perdre au mari (1). M. Planiol estime qu'il est impossible de faire représenter la dot par un curateur. « La dot, dit-il, n'est qu'un ensemble de biens. Or un curateur ne représente pas des choses, mais une ou plusieurs personnes. La femme se trouve dans une situation sans issue d'où elle ne peut sortir que par subterfuge, avec le concours et l'habileté des praticiens. Le prêteur romain lui aurait donné une action fictive, comme si son mari jouissait encore de la dot, pour lui permettre de partager la succession avec son concours, mais nous n'avons plus de fictions de ce genre. Peut-être n'y a-t-il qu'un moyen d'aboutir à une solution. Le mari n'ayant plus de droit sur la dot, la femme est seule pour procéder à l'opération. Si elle divisait elle-même la succession en deux lots, l'un paraphernal, l'autre dotal, elle ne se trouverait pas liée par son classement, parce qu'on ne contracte pas avec soi-même. Mais cette force obligatoire que l'acte ainsi accompli ne possède pas, peut lui venir du dehors : l'intervention de la justice peut le lui donner » (2).

(1) En ce sens. Le Courtois et Surville. *Op. cit.*, III, n° 4728.

(2) M. Planiol, *Revue critique*, 1886, p. 370 et suiv.

Cette solution nous paraît exacte ; il sera procédé au classement des biens dotaux et des biens paraphernaux par acte notarié dont la femme demandera l'homologation à la justice. Les créanciers de la femme peuvent s'opposer à ce qu'il soit procédé à ce classement hors leur présence et ils peuvent le contester lorsqu'ils estiment qu'il leur est préjudiciable pourvu toutefois qu'ils le fassent avant le jugement d'homologation.

QUATRIÈME PARTIE

RETRAIT D'INDIVISION

A cause de la situation subordonnée qu'occupe la femme dans l'association conjugale, la loi lui accorde des privilèges destinés à contrebalancer les abus de pouvoir que le mari peut commettre, soit dans la gestion des biens communs, soit dans l'administration des biens personnels de la femme. Au nombre de ces garanties se trouve le retrait d'indivision qui a pour objet d'assurer à la femme le libre exercice de ses droits de copropriétaire. Aux termes de l'article 1408, 2^e alinéa, « dans le cas où le mari deviendrait seul, et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition ».

Le législateur permet à la femme de dépouiller son mari des parts indivises qu'il a acquises dans un immeuble dont elle était copropriétaire : grâce à cette faveur la

femme n'est pas, par l'acquisition faite par le mari pour le compte de la communauté, irrémédiablement privée de la possibilité et de l'espoir de réunir à sa part indivise celles de ses coindivisaires. La raison d'être de ce droit exceptionnel se trouve dans la protection due aux droits et aux intérêts de la femme qui ne peut, pendant le mariage, agir elle-même sans l'autorisation de son mari. « C'est une des compensations légales des pouvoirs si considérables concédés par la loi au mari chef de la communauté » (1).

I. — HISTORIQUE

L'origine du retrait d'indivision se trouve dans la loi 78, § 4. *Digeste, de Jure Dotium*, L. XXIII, t. III.
 « Si fundus communis in dotem datus erit, et socius
 « egerit cum marito communi dividundo, adjudicatusque
 « fundus socio fuerit : in dote erit quantitas, qua socius
 « marito damnatus fuerit ; aut si, omissa licitatione,
 « extraneo addictus is fundus fuerit, pretii portio quæ
 « distracta est ; quod si marito fundus fuerit adjudicatus,
 « pars utique data in dotem dotalis manebit : divortio
 « autem facto sequetur restitutionem, propter quam ad
 « maritum pervenit, etiam altera portio, scilicet ut reci-
 « piat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex
 « condemnatione socio : nec audiri debebit alteruter eam
 « æquitatem recusans, aut mulier in suspicienda parte

(1) M. Bourcart. Note sous Pau, précité.

« altera quoque, aut vir in restituenda, » (Tryphoninus.)

Le jurisconsulte Tryphoninus suppose qu'une femme s'est constitué en dot sa part indivise dans un immeuble ; le copropriétaire exerce contre le mari l'action *communi dividundo*. Si le fonds commun est adjugé à ce copropriétaire, la somme d'argent qu'il doit payer au mari tient lieu de la part indivise de la femme et est dotale. Si c'est au contraire le mari qui s'est rendu adjudicataire, dans quelle mesure cet immeuble sera-t-il dotal ? « Sed an
« constante matrimonio non sola pars dotalis sit, quæ
« data fuit in dotem, sed etiam altera portio, videamus ?
« Julianus de parte tantum dotali loquitur : et ego dixi in
« auditorio. Illam solam dotalem esse. » Tryphoninus, loi 78, § 4, *in fine de Jure Dotium*. Pendant le mariage la dotalité ne frappait que la part constituée en dot ; mais à la dissolution du mariage le mari était tenu de restituer à la femme la totalité de l'immeuble, sauf à se faire rembourser par celle-ci le prix d'achat.

La femme ne pouvait à son gré reprendre tout l'immeuble ou laisser à son mari l'acquisition par lui faite ; cette acquisition lui était imposée, car le mari était censé avoir agi pour le compte et dans l'intérêt de la femme. « Nec audiri debebit alteruter eam æquitatem recusans,
« aut mulier in suscipienda parte, altera quoque, aut vir
« in restituenda », dit la loi 78, § 4. Ni la femme, ni le mari ne pouvaient se soustraire à cet arrangement équitable. « On n'écouterait pas, dit Pellat, la femme qui dirait : Je ne veux reprendre que la part que j'avais dans le fonds, je ne veux point acheter l'autre, on n'écouterait pas davantage le mari qui dirait : je ne veux restituer que la part

que j'ai reçue en dot ; je garde l'autre que j'ai achetée » (1).

Toutefois le mari pouvait empêcher cet accroissement forcé. Propriétaire pendant le mariage des parts indivises acquises des consorts de sa femme, il pouvait les aliéner ou les grever de droits réels ; toutes ces transmissions ou constitutions de droits étaient opposables à la femme, car la loi romaine n'attachait aucun effet rétroactif à l'acquisition qui ne se réalisait pour la femme qu'à la dissolution du mariage.

La disposition de la loi 78, § 4, *De jure Dotium* ne fut pas inspirée, comme on pourrait le croire, par la crainte de multiplier les indivisions. D'après les uns, le droit romain avait voulu établir une faveur pour la femme et en même temps une garantie contre les abus de pouvoir du mari ; cette disposition avait pour but d'empêcher celui-ci de faire pour son compte personnel une acquisition avantageuse qu'il aurait dû réaliser pour le compte de sa femme. Les partisans de cette opinion disent que le droit romain admettait une présomption légale : le mari, quoique parlant en son nom à l'acte de vente, faisait l'acquisition pour le compte de sa femme qu'il représentait en qualité d'administrateur des biens dotaux. Si cette explication était exacte, il serait difficile de comprendre que la propriété des parts acquises restât aux mains du mari pendant le mariage et que l'acquisition ne pût être définitivement faite par la femme qu'à dissolution de l'union conjugale et à la condition toutefois que ces parts n'eussent pas été aliénées par le mari.

D'après une autre théorie plus généralement adoptée, la disposition de la loi 78, § 4, n'était qu'une application des

(1) Pellat, *Textes sur la Dot*, p. 408-410.

règles générales sur la restitution de la dot : « Comme la restitution de la dot, dit Pellat, doit comprendre non seulement les choses dotales, mais encore tout ce qui est parvenu au mari à l'occasion de ces choses, sauf les fruits, le mari rendra outre la portion qu'il a reçue de la femme, la portion qui lui est parvenue à l'occasion de celle-ci, en se faisant rembourser par la femme la somme qu'il a été condamné à payer au copropriétaire » (1). Dans la réunion d'une part indivise à une autre part indivise possédée par le mari à titre de dot, il y avait en droit romain un accroissement naturel et accessoire que le mari devait restituer à la dissolution du mariage comme tout augment survenu à la dot (2).

La disposition de la loi 78, § 4, passa dans notre ancien Droit.

Les pays de Droit écrit l'adoptèrent, mais les auteurs sont en désaccord sur le caractère qu'elle y eut ; les uns prétendent qu'elle conserva toujours le caractère qu'elle avait à Rome, c'est-à-dire celui d'une acquisition imposée à la femme (3) ; les autres soutiennent qu'elle fut corrigée par les Parlements du Midi qui permirent à la femme de ne point prendre pour son compte l'acquisition faite par le mari. « Admise dans les pays de Droit écrit et dans les pays de coutume, la loi romaine reçut des modifications qui en tempérèrent la rigueur. Tout en consacrant le principe que la part acquise par le mari accroissait à la femme, l'ancienne jurisprudence permit à celle-ci de répudier cette propriété, si elle jugeait l'opération préjudiciable. Ce fut

(1) Pellat. *Op. cit.*, p. 440.

(2) Guy du Rousseaud de Lacombe. *Rec. de Jurisp. civile*, V. Dot.

(3) Roussilhe, *Traité de la Dot*, nos 555-556.

une innovation sur la loi romaine. Le retrait d'indivision, ainsi modifié, était admis notamment par les Parlements de Toulouse et Bordeaux » (1). Comme à Rome, la dépossession du mari ne s'opérait qu'à la dissolution du mariage.

Dans les pays de coutumes, la dépossession avait au contraire lieu dès le jour où le mari s'était rendu acquéreur des parts indivises possédées par les consorts de la femme ; il en résultait naturellement que les pouvoirs du mari sur ces parts indivises n'étaient pas aussi étendus que ceux que la loi romaine lui reconnaissait : notamment il ne pouvait pas les aliéner pendant le mariage.

Au début de l'introduction du retrait d'indivision dans les règles coutumières, l'acquisition fut imposée à la femme. « Si l'héritage était propre à la femme, disait Lebrun, quelle raison y a-t-il de l'obliger de conserver les portions acquises par la licitation peut-être à trop haut prix ? Il faut dire nonobstant que la femme même sera obligée, lors de la dissolution de la communauté, de prendre le total de l'héritage, en rendant le mi-denier des parties acquises. La raison est qu'elle possédait une fois une portion indivise susceptible par conséquent de cet accroissement forcé qui est arrivé par l'événement de la licitation. Il y en a une disposition de droit en la loi 78, § 4, de *Jure Dotium*. La glose dit que c'est un cas où on acquiert malgré soi ; ce qui doit avoir lieu à plus forte raison dans notre droit français où les portions de nouveau

(1) Dalloz, *Rep. Alph.*, V^o *Contrat de Mariage*, nos 830-831. En ce sens, Troplong, *Contr. de Mariage*, I, n^o 640. — Rodière et Pont, *op. cit.*, I, p. 536.

acquises par la licitation suivent la nature de l'ancienne portion et sont propres si elle était propre » (1).

La même doctrine était enseignée par Bourjon. « Le conjoint, disait-il, ne peut se dispenser de payer cette indemnité en offrant de laisser en communauté les parts acquises. » Cependant, chez ce jurisconsulte, on voit apparaître un certain droit d'option au profit de la femme. Après avoir posé comme règle que le droit des conjoints doit être fixe et non incertain et que, par suite, il ne peut exister de droit d'option à leur profit, Bourjon proposait de permettre, à titre de faveur, à la femme de renoncer à cet accroissement à condition qu'elle n'eût pas concouru à la licitation, et qu'elle renonçât à la communauté, « autrement, disait-il, il arriverait, contre la disposition de la coutume, que le fait de son mari aurait donné atteinte à ses propres » (2).

Le droit d'option que l'on voit en germe dans la théorie de Bourjon fut accordé par Valin à la femme aussi bien au cas d'acceptation de la communauté qu'au cas de renonciation. « Si le mari se rend adjudicataire des portions des autres, la femme ne peut souffrir aucun préjudice dans ses propres et elle peut même y gagner par la faculté qu'elle a de retenir les portions acquises de ses copropriétaires, en payant la récompense à la communauté, ou de les laisser en ce cas pour le compte de la communauté, en conservant seulement sa portion personnelle » (3).

Au XVIII^e siècle le droit d'option était unanimement reconnu à la femme.

(1) Lebrun, *Op. cit.*, liv. I, ch. II, sect. II. Dist. III, n° 42.

(2) Bourjon, *Dr. commun*, t. I.

(3) Valin, *Coût de la Rochelle*, t. I, p. 493, n° 28, art. 22, § 1^{er}.

Pothier présumait que le mari, en achetant les parts indivises des consorts de sa femme, avait agi dans l'intérêt de celle-ci, en vertu d'un mandat tacite donné par la femme et dans le but de faire cesser l'indivision. Les parts ainsi acquises formaient des propres pour la femme, parce que cette acquisition tenait lieu du partage que les copropriétaires auraient pu provoquer si leurs parts ne leur avaient pas été achetées. La faveur accordée à la femme consistait dans le droit de désavouer l'acte fait par son mari et d'abandonner à la communauté les parts indivises acquises par celui-ci. L'application de la règle de l'effet déclaratif du partage en cette matière était un moyen de favoriser la conservation des propres dans les familles (1).

Dans notre droit actuel le retrait d'indivision ne doit pas être considéré comme une conséquence de l'effet déclaratif du partage : il constitue un privilège dont la raison doit être cherchée exclusivement dans la protection due à la femme mariée.

II. — CONDITIONS DU RETRAIT

La première condition exigée pour que le retrait d'indivision puisse être exercé est que la femme, ait été étrangère à l'acquisition de la portion d'immeuble faite par le mari. Il faut en outre l'accomplissement des conditions exigées pour que le 4^{er} alinéa de l'article 1408 reçoive son

(1) Pothier, *Tr. de la Communauté*, nos 150 et 151.

application. Ainsi la femme doit avoir à titre de propre un droit indivis dans l'immeuble et il est nécessaire que l'indivision existe encore entre la femme et ses consorts lorsque le mari se rend acquéreur de cet immeuble.

L'acquisition doit avoir été faite par le mari en son nom personnel. Dans quels cas cette condition est-elle remplie ?

Aucune difficulté n'existe si le contrat d'acquisition contient la déclaration que le mari a acheté, soit pour lui et en son nom personnel, soit pour le compte de la communauté. Dans ces deux hypothèses l'immeuble constitue un conquêt que la femme peut retirer de la communauté.

D'autre part il est certain que l'immeuble constitue un propre de la femme si, le mari, lors de l'acquisition, a déclaré agir en qualité de mandataire de sa femme et acheter pour le compte de celle-ci. Dans cette hypothèse il ne peut pas y avoir lieu au retrait d'indivision, puisque l'immeuble constitue déjà un propre et d'autre part la femme ne peut abandonner l'immeuble à la communauté, parce que les conditions exigées par l'article 1408, 2^e alinéa, ne sont pas remplies. Cette solution n'est pas douteuse, mais certaines difficultés peuvent surgir au sujet de la preuve du mandat donné par la femme au mari. Doit-on exiger un mandat exprès ? Suffit-il d'un mandat tacite ?

L'opinion la plus généralement admise est que le mari n'a pas besoin d'être muni d'une procuration spéciale pour réaliser l'acquisition au nom de sa femme ; le mandat tacite suffit et la jurisprudence admet qu'il y a présomption de mandat tacite lorsque la femme concourt à l'acquisition. Lorsqu'elle est demeurée étrangère à l'acte passé par le mari, il faut rechercher la preuve du man-

dat tacite en prenant en considération les circonstances qui ont fait agir le mari et les faits qui supposent ce contrat. La preuve de l'existence du mandat est une question de fait que les juges du fait tranchent souverainement en toute liberté, sans aucune restriction légale.

Si la preuve du mandat ne peut pas être faite et si le mari n'a pas déclaré agir en son nom personnel, le retrait d'indivision est-il possible ?

Lorsque le mari a déclaré agir au nom et pour le compte de sa femme, l'acquisition ne peut pas dans notre droit être imposée à la femme comme elle l'était en droit romain et dans certaines coutumes de l'ancien Droit; mais, de ce que le mari a déclaré agir au nom de sa femme ne faut-il pas conclure que l'acquisition constitue un propre sauf le droit qui appartient à la femme d'abandonner l'immeuble à la communauté ? Certains auteurs sans oser assimiler cette hypothèse à celle où il y a mandat exprès ou tacite, admettent une présomption de mandat fondée sur la tradition et sur ce fait que le mari étant administrateur des biens de la femme doit être réputé son mandataire légal. « En acquérant au nom de la femme, dit Troplong, le mari atteste qu'il a mandat » (1).

La conséquence de cette théorie est que l'acquisition forme immédiatement un propre pour la femme ; le droit d'option accordé à la femme peut s'exercer, mais pour pouvoir abandonner l'immeuble à la communauté la femme doit prouver qu'elle n'a donné aucun mandat à son mari pour réaliser l'acquisition en son nom. Cette doctrine a le grave inconvénient de rejeter sur la femme le fardeau de la preuve. Troplong a soutenu une théorie dont la consé-

(1) Troplong, *Op. cit.*, I, p. 230.

quence est plus rigoureuse encore pour la femme : il ne permet pas à la femme de déclarer qu'elle n'a pas donné de mandat à son mari et d'invoquer son droit d'option pour abandonner l'immeuble à la communauté. « Je pense, dit-il, que l'article 1408 ne saurait être invoqué par elle, car le législateur a limité le droit d'option au cas où l'achat a été fait par le mari et pour lui-même ; ici, il a été fait pour la femme et il serait méséant à elle de venir nier l'existence d'un mandat attesté par le mari. De telles controverses auraient un caractère irrespectueux ; la loi ne permet pas de les soulever ; l'option attribuée à la femme est un privilège exorbitant ; n'en étendons pas la portée hors des cas prévus » (1).

Il est inadmissible que le mari puisse par une déclaration unilatérale de volonté faire acquérir à sa femme un immeuble dont elle ne veut peut-être pas et qu'elle ne pourrait abandonner à la communauté qu'en prouvant que son mari n'avait pas qualité pour le lui faire acquérir. A plus forte raison il faut rejeter la théorie de Troplong. Nous pensons que l'immeuble acquis par le mari au nom et pour le compte de la femme, sans qu'il y ait preuve de mandat de la part de celle-ci, constitue un conquêt sur lequel la femme peut exercer le retrait d'indivision.

Un auteur, M. Laurent, dans cette hypothèse, admet une autre solution : lorsque la femme ne ratifie pas l'acquisition faite en son nom et pour son compte par son mari, l'immeuble ne constitue ni un propre ni un conquêt. Il ne constitue pas un propre, parce qu'en refusant de ratifier, la femme prouve que son mari n'avait pas qualité pour la représenter ; il ne constitue pas un conquêt, parce que le

(1) Troplong, *Contrat de Mariage*, I, n° 672.

mari n'a pas entendu agir en son nom personnel et pour le compte de la communauté : il n'y a pas de vente, le mari n'ayant pas eu l'intention de prendre pour lui une acquisition qu'il faisait pour le compte de la femme. D'après cette opinion, le droit de la femme consiste dans la faculté de ne pas ratifier ; la condition juridique de l'immeuble est en suspens tant que la femme n'a pas ratifié l'acte du mari.

A défaut de preuve de ce mandat, le mari qui a parlé à l'acquisition au nom de sa femme peut-il être réputé avoir agi en qualité de gérant d'affaires ?

S'il y a gestion d'affaire de la part du mari, l'acquisition ne forme pas immédiatement un propre de la femme ; celle-ci n'est obligée envers les vendeurs que si elle ratifie l'acte passé par le mari. L'explication fondée sur la gestion d'affaires a sur la précédente l'avantage de ne pas imposer à la femme une acquisition qu'elle n'avait pas l'intention de réaliser : pour laisser le marché au compte du mari, c'est-à-dire pour abandonner l'immeuble à la communauté, la femme n'a pas à prouver qu'elle n'avait pas donné à son mari mandat d'acheter les parts indivises de ses consorts. il lui suffit de refuser de ratifier l'acquisition.

Quelle différence y a-t-il entre l'hypothèse où le mari agit en qualité de gérant d'affaires et celle où il agit en son nom personnel ou comme chef de la communauté ? Une grande analogie paraît exister entre ces deux situations : dans les deux cas l'acquisition n'est pas imposée à la femme. Pour voir une différence il faut supposer qu'au moment de la vente il a été convenu entre le mari et les vendeurs qu'au cas de non-ratification par la femme, la vente serait nulle : dans cette hypothèse si la femme refuse

de ratifier, l'immeuble n'est pas acquis à la communauté. Ce cas particulier mis à part, quel intérêt y a-t-il à rechercher s'il y a ou non acte de gestion d'affaires de la part du mari ?

Il y a un premier intérêt au sujet de l'obligation du mari à l'égard des vendeurs ; ainsi que nous le verrons en traitant des effets du retrait d'indivision, cette obligation disparaît si on considère le mari comme ayant agi en qualité de gérant d'affaires. Il y a un deuxième intérêt relatif à la condition juridique de l'immeuble : quand le mari achète en son nom personnel, l'acquisition constitue, selon nous, un conquêt tant que la femme n'a pas exercé le retrait ; au contraire si le mari agit au nom de la femme et en qualité de gérant d'affaires, intérimairement l'immeuble est un propre de la femme par suite de l'effet rétroactif de la ratification.

Après avoir refusé au mari la qualité de mandataire légal, devons nous lui reconnaître celle de gérant d'affaires ?

D'après une opinion qui est généralement adoptée, le mari doit être considéré comme le gérant d'affaires de sa femme lorsque, sans mandat, il acquiert au nom et pour le compte de celle-ci une portion d'immeuble indivis dont la femme est copropriétaire.

Une autre théorie déclare au contraire que l'idée de gestion d'affaires doit rester étrangère à l'hypothèse que nous examinons : le mari doit être présumé avoir agi en son nom personnel et pour le compte de la communauté. Il est ainsi toutes les fois que le mari ne peut pas prouver d'une manière non équivoque sa qualité de mandataire ou de gérant d'affaires de sa femme. L'acquisition, quoique faite au nom de la femme, constitue un conquêt de communauté sur lequel le retrait d'indivision peut être exercé,

Pour qu'il en soit autrement, il faut que des circonstances dans lesquelles l'acquisition a été réalisée, il résulte que le mari a entendu que la vente fût nulle au cas de non ratification de la femme ; dans cette hypothèse, l'article 1408, 2^e alinéa, n'est pas applicable, car cette disposition suppose que la portion d'immeuble indivis a été acquise pour la communauté : la vente étant nulle, il n'y a pas lieu au retrait d'indivision ; l'immeuble rentre dans le patrimoine des vendeurs et la femme peut en son nom acheter cette portion que son mari avait peut-être acquise à des conditions trop onéreuses : ses intérêts sont ainsi sauvegardés (1).

Le retrait d'indivision n'est possible que si l'acquisition constitue un conquêt et cette condition essentielle est remplie, selon nous, toutes les fois que le mari ne peut pas prouver d'une manière indubitable qu'il a agi en qualité de mandataire ou de gérant d'affaires de sa femme.

III. — CONDITION JURIDIQUE DE LA PART INDIVISE ACQUISE PAR LE MARI

Lorsque l'immeuble dont la femme est copropriétaire a été acquis par le mari en son nom personnel, comme l'exige l'article 1408, 2^e alinéa, constitue-t-il un conquêt de communauté ou un propre de la femme tant que celle-ci n'a pas exercé son droit d'option ?

L'un des intérêts de cette question apparaît dans l'hy-

(1) M. Saleilles, *Cours de Dr. Civ.*, 1899-1900. *Situation de la femme dans le Mariage.*

pothèse suivante qui, nous le reconnaissons, n'est pas de nature à se présenter souvent ; supposons qu'après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers aient laissé écouler le délai de trente ans sans avoir pris parti : le droit d'option est prescrit ; la femme ou ses héritiers ne peuvent plus imprimer à l'immeuble acquis par le mari en son nom personnel la qualité de propre ou de conquêt en exerçant leur droit d'option dans un certain sens. La prescription a transformé un état de fait en un état de droit que les intéressés ne peuvent modifier : l'immeuble en question a la condition qu'il possédait intérimairement, c'est-à-dire entre l'époque de l'acquisition et le jour où la prescription du droit d'option s'est accomplie. Pendant cet intervalle, sa nature juridique était conditionnelle, puisqu'il dépendait de la femme de le prendre pour elle ou de l'abandonner à la communauté ; depuis l'accomplissement de la prescription, la condition juridique de cet immeuble est irrévocable.

Cette question présente un second intérêt au point de vue des droits de mutation par décès lorsqu'un des époux meurt avant que la femme ait exercé le droit d'option qui lui appartient. Si l'immeuble soumis au retrait d'indivision est bien de communauté, il donne lieu à la perception du droit de mutation sur la moitié de sa valeur, après le décès de l'un des époux. S'il est au contraire propre à la femme, le droit de mutation par décès est perçu sur toute sa valeur, mais au décès de la femme seulement. Le Tribunal de Toulouse a eu à trancher cette question en 1894 (1) dans une espèce particulière : une femme, décé-

(1) Toulouse, 27 janvier 1894. S. 96. 2. 53.

dée sans avoir exercé son droit d'option, avait institué comme légataire universel son mari qui était décédé quelques jours après elle. L'héritier du mari avait à faire en même temps deux déclarations de succession, celle de la succession de la femme échue au mari et celle du mari échue à lui-même; les biens propres de la femme avaient ainsi à supporter deux droits de mutation, tandis que ceux du mari n'étaient soumis qu'à un seul droit. Les époux étaient mariés sous le régime d'exclusion de communauté, il en résultait que l'immeuble était soit propre au mari, soit propre à la femme.

L'héritier, investi tout à la fois de la fortune des deux époux, avait fait figurer cet immeuble parmi les biens propres du mari afin de ne payer qu'un seul droit de mutation; l'administration de l'enregistrement soutenait que les parts acquises par le mari des copropriétaires de sa femme devaient être portées dans la déclaration de succession des biens laissés par la femme. Le tribunal de Toulouse donna gain de cause à l'héritier. Si les époux avaient été mariés sous le régime de la communauté légale, le jugement de ce tribunal aurait déclaré conquis l'immeuble en question; dans l'espèce il lui reconnut la qualité de propre du mari à cause du régime d'exclusion de communauté adopté par les époux.

Dans l'ancien Droit, Pothier déclarait que l'acquisition *ab initio* constituait un propre, « la qualité que j'ai de mari et d'administrateur de la personne, des biens et des affaires de ma femme, disait-il, doit faire facilement présumer que dans les actes concernant les affaires de ma femme c'est en cette qualité de mari et pour ma femme que j'y procède, quoique cela ne soit point exprimé par l'acte; or l'acte dont il est question concerne les affaires

de ma femme, puisqu'il tend à faire cesser la communauté et l'indivis qui était entre elle et son cohéritier ; je dois donc être facilement présumé y avoir traité en ma qualité de mari et pour ma femme » (1).

D'après une première opinion le Code civil a consacré la théorie des anciens auteurs et notamment celle de Pothier : l'acquisition faite par le mari, même en son nom personnel, est censée faite au nom et pour le compte de la femme. A l'appui de cette manière de voir on invoque le texte même de l'article 1408 qui, dit-on, pose dans son 1^{er} alinéa comme principe que l'acquisition de portion d'un immeuble dont l'un des époux est copropriétaire par indivis, forme un propre, quel que soit celui des deux conjoints qui achète cette portion. Les partisans de cette doctrine voient dans le 2^e alinéa de l'article 1408 une application du principe posé dans le 1^{er} alinéa et une exception en faveur de la femme. En vertu du principe l'immeuble acquis par le mari constitue un propre pour la femme dès le jour de l'acquisition, mais, par suite d'une faveur spéciale, la femme peut, ainsi que le dit textuellement l'article 1408, 2^e alinéa, « abandonner l'effet à la communauté ».

Cette théorie a été consacrée par un arrêt de la Cour de Grenoble le 18 août 1854. « Attendu que ce droit de propriété, en ce qui concerne la femme, dit cet arrêt, n'existe pas seulement du jour où elle fait l'option dont la faculté lui est réservée par la loi ; que telle était la jurisprudence constante des pays coutumiers à laquelle l'article 1408 a

(1) Pothier, *Tr. de la Communauté*, nos 450-454.

été emprunté pour servir de règle au régime de la communauté; que la loi 78 au *Digeste, De jure Dotium*, dont le retrait tirait sa première origine, avait été modifiée en ce point par le droit coutumier; attendu que la première partie de l'article 1408 pose le principe général d'exclusion de conquêt pour tous les cas, que ce soit l'un ou l'autre des époux, ou tous les deux ensemble qui aient fait l'acquisition; que la seconde partie du même article n'a d'autre objet que de conférer à la femme, pour le cas où ce serait elle qui se trouverait propriétaire par indivis et que le mari achèterait, l'option de prendre ou de refuser l'acquisition; que la propriété n'en repose pas moins sur sa tête jusqu'au moment où elle use de son droit de répudiation. » (1).

Troplong, reprenant la théorie de Pothier, déclare que l'acquisition constitue immédiatement un propre pour la femme, parce que le mari n'a voulu faire qu'un partage dans l'intérêt de sa femme et parce qu'il doit être présumé avoir agi, soit en vertu d'un mandat tacite, soit comme gérant d'affaires. Ce partage procure la totalité de la chose à la femme qui est censée avoir toujours été saisie de ce tout au même titre qu'elle était saisie de la partie. « Puisque, dit Troplong, le mari est présumé le *negotiorum gestor* de la femme pour faire cesser l'indivision et que d'un autre côté le partage a un effet rétroactif, comment serait-il possible que l'immeuble n'eût pas, *prima fronte*, la nature de propre » (2).

(1) C. Grenoble, 18 août 1854, D. 56. 2. 62.

(2) Troplong, *Op. cit.*, I, nos 642 et 648; en ce sens. Cass., 27 février 1886. S. 86. 1. 161, et la note, de M. Lyon-Caen.

D'après cette théorie également soutenue par MM. Rodière et Pont (1), les parts indivises sont acquises à la femme *ab initio*, comme si celle-ci avait acheté en son nom ou chargé son mari de faire cette acquisition et le droit conféré par l'article 1408, 2^e alinéa, consiste dans la faculté accordée à la femme de ne pas ratifier l'opération faite par le mari et d'abandonner à la communauté les parts acquises. Si tel est véritablement le privilège accordé à la femme, on doit convenir que l'expression « retrait d'indivision » est fort mal choisie parce qu'elle n'éveille par elle-même aucune idée de ce que peut être le droit privilégié de la femme dans notre hypothèse.

Il résulte de cette doctrine que la femme conserve à titre de propre l'immeuble indivis acquis par le mari au cours du mariage, lorsqu'elle n'a pas usé de la faculté de l'abandonner à la communauté dans le délai de trente ans à compter du jour de la dissolution du mariage ; il en résulte en outre que cet immeuble doit être porté pour toute sa valeur dans la déclaration de succession de la femme lorsque celle-ci est décédée sans avoir exercé son droit d'option. Enfin la femme doit supporter toutes les dégradations survenues à l'immeuble qui est à ses risques et périls en vertu de la règle : *res perit domino* ; il est vrai que si la dépréciation de valeur subie par l'immeuble est importante, la femme ne manquera pas de l'abandonner à la communauté ; mais si elle veut conserver l'immeuble elle doit indemniser la communauté en lui remboursant la totalité du prix payé par le mari sans aucune déduction à raison de la diminution de valeur survenue à l'immeuble.

(1) Rodière et Pont, *Op. cit.*, I, n° 591.

D'après une deuxième doctrine, le mari en achetant en son nom personnel les parts indivises des conjoints de sa femme agit comme chef de la communauté et au nom de celle-ci, et réalise ces acquisitions au profit du patrimoine commun, conformément au droit commun contenu dans l'article 1401, 3°.

En 1858 la Cour de Caen a fait justice de l'argument que la Cour de Grenoble avait tiré de la généralité des termes du 1^{er} alinéa de l'article 1408 en faveur de la première théorie. « Considérant, dit la Cour de Caen, que réduit à sa première partie, l'article 1408 serait susceptible d'être interprété en ce sens que le mari stipulant seul devrait être considéré comme le mandataire de sa femme ou comme un *negotiorum gestor*, agissant dans l'intérêt de celle-ci pour réunir à la part qu'elle possède la part ou les parts appartenant à des tiers, et faire cesser, par ce moyen, l'indivision ; considérant que dans cette hypothèse il faudrait admettre que la femme serait investie de la propriété de la part ou des parts indivises formant l'objet de l'acquisition faite par son mari du jour même de l'acquisition ; — Mais considérant qu'en rapprochant la deuxième disposition de l'article 1408 de la première on ne peut admettre cette interprétation ; que la deuxième partie prévoit spécialement le cas où le mari, agissant seul et en son nom personnel s'est rendu acquéreur, soit de la totalité d'un immeuble dont sa femme était copropriétaire, soit des parts qui appartenaient à des tiers dans cet immeuble et qu'il détermine en termes clairs et précis quels sont alors les droits conférés à la femme, quels droits elle peut exercer à la dissolution de la communauté » (1).

(1) Caen, 31 juillet 1858. S. 59. 2. 97.

Cette deuxième théorie nous paraît exacte : l'immeuble soumis au retrait d'indivision constitue un conquêt de communauté jusqu'à ce que la femme ait exercé son droit d'option et il conserve cette qualité si la femme laisse prescrire ce droit. Nous ne pouvons admettre qu'une acquisition faite par le mari, sans le concours ou le consentement de celle-ci, constitue un propre pour celle-ci, car dans notre droit actuel le mari ne doit pas être présumé le mandataire de son épouse et la qualité d'administrateur des biens de celle-ci n'est pas suffisante pour rendre la femme immédiatement propriétaire des parts de ses consorts acquises par son mari. D'ailleurs si la présomption admise par Pothier était exacte, si le mari était encore aujourd'hui le mandataire légal de sa femme, les parts indivises seraient acquises au nom et pour le compte de la femme et nous serions ainsi en dehors de l'hypothèse prévue par l'article 1408, 2^e alinéa : « La condition essentielle exigée pour l'application de l'article 1408, 2^e alinéa, ferait défaut, dit M. Lyon-Caen ; le mari n'aurait pas acquis en son nom personnel ; il aurait acquis au nom de la femme et les choses devraient être traitées comme si la femme était intervenue en personne à l'acte d'acquisition » (1).

Nous devons d'ailleurs nous méfier des explications qui reposent uniquement sur l'opinion de nos anciens auteurs coutumiers, car, au cours de l'histoire, les textes peuvent subir des altérations et les principes juridiques varient ; il en est ainsi principalement lorsqu'il s'agit de ces principes arbitraires qui, selon l'expression de Valin, ne

(1) Note de M. Lyon-Caen. Sous Cass., 17 février 1886. S. 86. 1. 161.

forment que des vérités respectives, et au nombre desquels figure le retrait d'indivision.

En passant du Droit romain dans les coutumes, la disposition de la loi 78 § 4, *de Jure Dotium* a subi une transformation; tandis qu'à Rome cette disposition avait sa raison d'être à la fois dans une idée de protection de la femme et dans les règles sur la restitution de la dot, les jurisconsultes coutumiers ont rattaché la solution romaine à l'effet déclaratif du partage qui était inconnu à Rome. Cette même disposition en passant de l'ancien Droit dans le Code civil a subi une nouvelle transformation; dans notre Droit, elle n'a plus, malgré l'affirmation de Troplong, sa raison d'être dans la règle de l'effet déclaratif du partage: elle s'explique par une idée de protection de la femme; au même titre que l'hypothèque légale, la séparation de biens, le droit de renoncer à la communauté et le bénéfice d'émolument, le droit d'option conféré à la femme par l'article 1408, 2^e alinéa. constitue une menace pour le mari et un moyen de réprimer les abus de pouvoir de celui-ci.

Le Code civil a eu raison de rejeter la théorie de Pothier qui étendait au delà de ses bornes la fiction de l'effet déclaratif du partage. En édictant l'article 1408, 2^e alinéa, le législateur français s'est inspiré du motif romain qu'il faut protéger la femme, mais il n'a pas voulu que cette protection pût dans certains cas se retourner contre elle en lui imposant une acquisition faite sans son consentement. Ce résultat ne peut être atteint qu'à la condition de considérer l'immeuble indivis acquis par le mari comme un conquêt tant que la femme n'a pas exercé le retrait d'indivision, c'est-à-dire tant qu'elle n'a pas déclaré vouloir devenir propriétaire de cet immeuble.

Cette interprétation est, croyons-nous, conforme non seulement à l'esprit de la loi, mais encore à son texte. En effet, d'après l'article 1401 3^e tous les biens acquis à titre onéreux durant la communauté font partie de l'actif commun; l'article 1408, 2^e alinéa, déroge à cette disposition, non pas en déclarant propre à la femme dès le jour de l'acquisition la portion d'immeuble indivis acquise par le mari, mais en conférant à la femme le droit de retirer cette portion ou de l'abandonner à la communauté. Si la femme n'use pas de ce privilège et jusqu'à ce qu'elle l'ait exercé, le droit commun doit s'appliquer, l'immeuble doit être considéré comme un conquêt. Telle est d'ailleurs l'opinion qui prévaut tant en doctrine qu'en jurisprudence. « *Pendente conditione*, la communauté est propriétaire de l'immeuble sous condition résolutoire et la femme en est propriétaire sous la condition suspensive qu'elle exercera le retrait » (1).

Le privilège accordé à la femme consiste à pouvoir retirer cet immeuble et non à l'abandonner à la communauté. Tant qu'elle ne manifeste pas l'intention de profiter de la faveur de l'article 1408, 2^e alinéa, l'immeuble est conquêt et à défaut d'option dans le délai de trente ans à partir de la dissolution de la communauté la prescription lui imprimera définitivement ce caractère. De plus cet immeuble, lors du décès de l'un des époux, doit être porté dans la déclaration de succession de l'époux décédé pour la

(1) Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville. *Op. cit.*, I, n^o 458; en ce sens, Laurent, *op. cit.*, t. XXI, nos 347-48; — Aubry et Rau, t. V, § 507, p. 345; — Nancy, 9 juin 1854. S. 54. 2. 785; — Caen, 31 juillet 1858, précité; — Toulouse, 27 janvier 1894. S. 96. 2. 53.

moitié de sa valeur, à moins que la femme ou ses héritiers aient renoncé à la communauté.

« Cette théorie, dit M. Guillouard, est confirmée par la terminologie même de notre matière : la femme a le droit de « retirer » l'immeuble de la communauté, dit l'article 1408, ce qui implique que l'immeuble est dans la communauté, qu'il en est provisoirement la propriété. De même l'expression « retrait » sous laquelle le droit de la femme de reprendre l'immeuble est désigné, signifie l'acte d'une personne qui dépouille une autre d'un droit qui lui appartient » (1).

Si l'immeuble était de prime abord propre à la femme, elle n'aurait rien à retirer, elle n'aurait pas à attirer à elle un droit qui ne lui appartient pas. elle garderait ce qu'elle a toujours eu. On objecte, il est vrai, que dans le même article (1408, 2^e al.), la loi dit que la femme peut « abandonner l'effet à la communauté », or abandonner c'est se dépouiller d'un droit acquis. Nous répondons que par les mots « abandonner l'effet à la communauté » le législateur a entendu dire que la femme pouvait le laisser à la communauté, c'est à-dire renoncer au droit de retrait. En donnant cette interprétation nous forçons moins le texte de la loi que l'opinion suivant laquelle l'expression « retirer l'immeuble » désigne l'action d'une femme qui, propriétaire d'un immeuble, le garde pour elle au lieu de le céder à la communauté.

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n^o 356. Consulter Terrat, Thèse Paris, 1872.

IV. — FORME. ÉPOQUE ET DÉLAI DE L'EXERCICE DU DROIT
D'OPTION ACCORDÉ A LA FEMME.

A. — *Forme.*

Aucune formalité particulière n'est imposée à la femme pour l'exercice de son droit d'option : il suffit que sa volonté soit exprimée, dans une forme quelconque, d'une manière certaine et claire, par une déclaration unilatérale que la femme peut faire sans l'autorisation de son mari ou de justice. Une déclaration expresse n'est d'ailleurs pas nécessaire ; elle peut être remplacée par un acte faisant connaître le sens dans lequel le droit d'option a été exercé.

La jurisprudence décide avec raison que de certains actes de la femme et des circonstances dans lesquelles ils ont eu lieu on peut valablement induire la renonciation au droit d'exercer le retrait d'indivision (1). Ainsi le concours de la femme à l'aliénation de l'immeuble implique sa volonté de renoncer au droit d'exercer le retrait, alors même que la femme n'est intervenue que pour renoncer à son hypothèque légale sur l'immeuble vendu ; pour conserver intacte la faculté que lui accorde l'article 1408, 2^e alinéa, elle doit faire des réserves à ce sujet dans l'acte de vente. Sur ce point les juges ont un large pouvoir d'appréciation (2).

(1) Cass. Civ., 26 janvier 1887. S. 90. 1. 293. D. 87. 1. 275. En ce sens, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n^o 446.

(2) Cass. Civ., 1^{er} mai 1860. D. 60. 1. 311.

Lorsque des tiers ont intérêt à connaître la détermination prise par la femme, celle-ci doit leur notifier par acte extra-judiciaire le parti qu'elle a pris. Ainsi lorsque le mari a consenti des hypothèques sur l'immeuble soumis au retrait d'indivision, les créanciers dont les sûretés sont menacées par la faculté de retrait accordée à la femme doivent être informés du parti pris par la femme de leur débiteur, afin de pouvoir exiger dès le jour de l'exercice du retrait leur remboursement ou un supplément de garantie, conformément à l'article 2131 Code civil.

B. — *Epoque.*

Dans notre Droit actuel, comme dans le dernier état de l'ancien Droit, l'acquisition faite par le mari n'est pas imposée à la femme. « L'article 1408, dit Troplong, n'a pas voulu consacrer la rigueur du Droit romain qui obligeait une femme à devenir propriétaire malgré elle d'une chose achetée à son détriment et à son insu par le mari (1). » La femme jouit d'un droit d'option : elle a le choix, lors de la dissolution de la communauté, dit l'article 1408, 2^e alinéa, ou d'abandonner l'immeuble à la communauté ou de le retirer. Des termes de cet article, il semble résulter que la femme ne peut exercer son droit d'option qu'à la dissolution de la communauté. Cette époque ne peut-elle pas être devancée ? C'est une question controversée sur laquelle diverses opinions se sont produites.

(1) Troplong, *op. cit.*, I, n^o 670.

Un point hors de doute est que le délai de la prescription du droit d'option ne commence à courir que du jour de la dissolution de la communauté ; si la femme peut être autorisée à prendre parti avant cette époque, elle use d'une simple faculté ; mais personne ne peut la contraindre à se prononcer durant la communauté.

D'après une doctrine fondée sur les mots « lors de la dissolution de la communauté » du 2^e alinéa de l'article 1408, le droit d'option n'appartient à la femme que lorsque la communauté est dissoute ; jusqu'à cette époque ce droit est en suspens : la femme ne peut ni exercer le retrait ni y renoncer. C'est, disent les nombreux partisans de cette théorie (1) le seul moyen de protéger la femme contre l'abus de pouvoir que le mari pourrait commettre en usant de son influence pour déterminer son épouse à se prononcer dans le sens le plus favorable à la communauté : jusqu'à la dissolution de l'association conjugale la femme doit conserver intacte une faculté qui lui a été accordée à raison de son état de dépendance vis-à-vis du mari.

Cette doctrine établit une distinction entre le régime de la communauté et le régime dotal : elle accorde à la femme dotale le droit de se prononcer au cours du mariage, tandis que, pour la femme commune en biens, elle ajourne à la dissolution de la communauté l'exercice du droit d'option : « Attendu, dit la Cour de cassation, qu'il faut distinguer entre le régime de la communauté et le régime dotal ;

(1) Marcadé, *Dr. Civ.* sur l'art. 1408, n^o 4 ; — Odier, *op. cit.*, I, n^o 141 ; — Massé et Verger sur Zachariae, IV, p. 78, note 54, § 640 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n^o 634 ; — Merignhac, I, n^{os} 685-688 ; — Cass. req., 25 juillet 1844. S. 44. 1. 614 ; — Nancy, 9 juin 1854. S. 54. 2. 785 ; — Rennes, 9 février 1891. D. 91. 2. 174. S. 91. 2. 127.

que si la femme commune, dit l'article 1408, peut faire son option lors de la dissolution de la communauté, c'est-à-dire de la liquidation, c'est que telle est l'époque à laquelle il est passible de savoir quels sont les propres et quels sont les conquêts, si l'immeuble acquis par le mari est laissé, à ce dernier titre, dans la masse partageable, ou si la femme le retire comme propre en remboursant le prix d'acquisition ; que, sous le régime dotal, quand il s'agit de paraphernaux ou de biens dotaux aliénables avec le consentement des deux époux, le droit de la femme est immédiatement ouvert lors des acquisitions du mari, d'où il suit qu'elle peut exercer son option sans attendre le règlement de ses reprises ; que ce droit ne saurait être, à l'égard de la femme dotale et relativement aux biens dotaux aliénables reporté à l'époque de la dissolution de l'union conjugale ; que la femme peut, en effet, avoir intérêt à exercer immédiatement le retrait. la rétroactivité attachée à son option ne lui offrant pas toujours une garantie complète à l'encontre des tiers auxquels le mari aurait aliéné des biens sujets au retrait ; qu'on doit donc décider que, sous ce régime, lorsqu'il s'agit de biens dotaux aliénables, la femme peut faire son option pendant le mariage (1). »

Cette solution différente pour les deux régimes matrimoniaux ne nous paraît pas justifiée. L'abus de pouvoir que le mari peut commettre est-il moins à craindre sous le régime dotal que sous le régime de la communauté ? Nous ne le pensons pas. Il faut non seulement permettre à la femme de prendre, pendant la durée de la communauté, toutes les mesures conservatoires propres à assurer l'exer-

(1) Cass., 26 janvier 1887. S. 90. 1. 293.

cice de son droit d'option : ainsi elle peut empêcher la saisie de l'immeuble grevé du droit de retrait, sur le mari, faire réserver son droit d'option et stipuler des garanties de restitution ; il faut de plus lui reconnaître le droit de se prononcer avant la dissolution de la communauté ; si son intérêt l'exige elle doit pouvoir avant cette époque exercer le retrait d'indivision pour repousser, par exemple, les poursuites en expropriation dirigées par les créanciers de son mari contre l'immeuble grevé de son droit de retrait (1). Ainsi que le disent MM. Aubry et Rau : « si la femme ne peut pas être forcée de faire son option durant la communauté, ce n'est pas une raison pour lui refuser la faculté de l'exercer avant sa dissolution (2). »

En ajournant à la dissolution de la communauté le droit d'option conféré à la femme, on protège celle-ci plus qu'il ne convient et on aboutit à des conséquences dangereuses : tous les droits que le mari consent sur la portion d'immeuble par lui acquise sont, jusqu'à la dissolution de la communauté, affectés d'une condition résolutoire, sans qu'il soit possible de rendre ces droits certains en demandant la participation volontaire de la femme à l'acte que le mari passe avec des tiers.

Ainsi en voulant protéger outre mesure la femme, on menace le crédit du mari et on apporte une entrave à la libre circulation des biens. Ces inconvénients sont-ils contrebalancés par un avantage suffisant du côté de la femme ? Nous ne le pensons pas. Sans doute l'article 1408, 2^e alinéa, a été inspiré par une idée de défiance à l'égard

(1) Riom, 29 mai 1843. D. 45. 2. 27.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507. En ce sens, Babinet, *Revue de Dr. fr. et étranger*, 1845, II, p. 702.

du mari, mais toutefois la crainte de l'abus de pouvoir que celui-ci peut commettre est plus apparente que réelle ; il faut en effet remarquer qu'au moment de l'acquisition la femme aurait pu se rendre acquéreur : « l'influence du mari est elle plus dangereuse après l'acquisition qu'au moment où elle se produit ? Nous ne le croyons pas » disent avec raison MM. Le Courtois et Surville. De plus la femme aurait pu donner mandat à son mari d'acheter en son nom : l'acquisition lui aurait été propre immédiatement dans ces diverses hypothèses où l'influence du mari aurait pu s'exercer. Enfin ajourner à la dissolution de la communauté l'exercice du droit d'option ce n'est pas soustraire la femme à l'influence du mari, car l'état de mariage et par conséquent la dépendance de la femme à l'égard du mari survivent à la communauté en cas de séparation de biens.

Nous ne voyons aucune bonne raison pour refuser à la femme la faculté d'exercer son droit d'option pendant la communauté, alors qu'elle est pleinement capable de disposer de ses propres avec l'autorisation de son mari ou de justice et d'accepter les emplois qui lui sont offerts. « Quand la loi donne un droit, dit M. Laurent, on peut l'exercer de suite, à moins que la nature même du droit ne s'y oppose. Or rien n'empêche la femme de déclarer, dès que le mari a fait l'acquisition, qu'elle la prend pour son compte et qu'elle entend que l'immeuble lui soit propre ».(1).

La majorité des auteurs et de nombreuses décisions judiciaires reconnaissent à la femme le droit d'exercer,

(1) Laurent, *op. cit.*, XXI, n° 342.

avant la dissolution de la communauté, son droit d'option dans le sens du retrait de l'immeuble.

Mais l'exercice du droit d'option doit-il être permis à la femme pendant la durée de la communauté lorsqu'elle veut abandonner l'immeuble à la communauté? C'est une question très controversée que celle de savoir si la femme peut avant l'époque indiquée par l'article 1408, 2^e alinéa, renoncer au droit que lui confère cet article.

Dans cette hypothèse la conduite du mari peut être suspecte : il est à craindre qu'après avoir acquis en son nom personnel et moyennant un prix modique une part d'immeuble indivis entre sa femme et des tiers, le mari ne pousse son épouse à renoncer à la garantie édictée par l'article 1408, 2^e alinéa. Le résultat visé par le législateur peut ainsi être compromis par celui-là même dont la loi se défie et dont elle a voulu paralyser l'influence auprès de la femme.

Pour interdire à la femme toute renonciation à son droit d'option avant la dissolution de la communauté, on fait remarquer que par sa renonciation la femme abandonnerait un propre à la communauté, en dehors des cas prévus par la loi et en violation de l'article 1595, Code civil, qui prohibe la vente entre époux. M. Colmet de Santerre suppose que, par suite d'une licitation, le mari est devenu propriétaire de l'immeuble indivis entre la femme et des tiers : si on appliquait le principe de l'article 1595, il faudrait déclarer nulle cette acquisition en tant qu'elle porte sur la part indivise appartenant à la femme ; cette solution ne peut être acceptée à cause du caractère nécessaire de la licitation que la femme a pu subir plutôt qu'elle ne l'a consentie et d'autre part, dans cette hypothèse, la prohibition de la vente entre époux est levée par l'ar-

ticle 1408 qui prévoit l'acquisition de la totalité de l'immeuble au profit du mari ; la vente est valable, mais la femme ne peut renoncer pendant la communauté au droit d'exercer le retrait, parce que par cette renonciation elle abandonnerait définitivement la part indivise qu'elle possédait dans l'immeuble. « Cet abandon, dit M. Colmet de Santerre, serait contraire à l'article 1595 et contiendrait une vente entre époux de la part qui appartenait à la femme dans la propriété de l'immeuble » (1).

Nous estimons qu'il n'y a pas lieu de se laisser arrêter par cette objection, car l'article 1595 Code civil et la prohibition qu'il contient sont ici hors de cause : la vente de la totalité de l'immeuble au mari a dépouillé la femme de tout droit de propriété sur cet immeuble et par conséquent sa renonciation au droit d'exercer le retrait d'indivision ne peut équivaloir à un abandon de sa part indivise. D'ailleurs la prohibition de la vente entre époux ne peut être invoquée, dans l'opinion que nous combattons, que lorsque, par l'acquisition de la totalité de l'immeuble la part de la femme a été acquise par le mari. Si celui-ci a acquis seulement une ou plusieurs parts appartenant aux consorts de sa femme, celle-ci garde en propre sa part indivise et elle n'est pas forcée d'en faire l'abandon lorsqu'elle renonce au droit d'exercer le retrait d'indivision : dans cette hypothèse l'article 1595 ne saurait être invoqué pour interdire à la femme de renoncer au droit de retrait avant la dissolution de la communauté, à moins d'admettre que l'acquisition a été réalisée pour le compte de la femme et qu'elle constitue un propre de celle-ci, jusqu'à l'exercice du droit d'option. Or nous avons

(1) Colmet de Santerre, *Cours de Dr. Civ. analyt.*, VI, p. 86.

admis que l'immeuble grevé du droit de retrait constitue, dès le jour de l'acquisition, un conquêt de communauté.

La question de la renonciation de la femme au droit d'exercer le retrait doit être envisagée d'une part dans les rapports des époux et des tiers ayant contracté avec le mari, et d'autre part, dans ceux de la femme et du mari.

À l'égard des tiers, déclarer nulle la renonciation de la femme au droit d'exercer le retrait, c'est rendre inaliénable pendant toute la communauté, la portion d'immeuble acquise par le mari. « C'est prétendre que le mari et la femme, conjointement, ne pourront pas aliéner. Or, cette solution est inadmissible. De deux choses l'une, en effet : ou bien l'immeuble est un conquêt que le mari peut aliéner, ou bien il est propre à la femme et cette dernière peut en disposer avec l'autorisation de son mari. Donc l'aliénation consentie par les deux époux, rend le tiers acquéreur irrévocablement propriétaire et le retrait sans objet » (1). Il faut admettre que par son concours à l'acte d'aliénation la femme renonce tacitement et valablement au droit d'exercer le retrait (1). Il serait contradictoire de lui permettre d'exercer son droit d'option dans le sens du retrait et de lui refuser de l'exercer dans le sens inverse, de lui interdire toute renonciation à ce droit pendant la communauté ; ce serait forcer la femme à employer inutilement le détour suivant : au moment de la vente de l'immeuble grevé du retrait, la femme interviendrait pour exercer le retrait et après l'avoir effectué elle vendrait cet immeuble au tiers qui voulait contracter avec le mari, en

(1) Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n° 452.

(1) En sens contraire, C. de Besançon, 20 mai 1850. D. 52. 2. 287.

supposant, comme nous l'avons admis, qu'elle puisse exercer le retrait avant la dissolution de la communauté. N'est-il pas plus simple de déclarer valable la renonciation implicite que suppose le concours de la femme à l'acte d'aliénation ? Si cette renonciation tacite est permise, il ne faut pas hésiter à déclarer valable à l'égard des tiers qui contractent avec le mari toute renonciation expresse.

Dans les rapports des tiers et des époux et à l'occasion de la vente de l'immeuble soumis au retrait d'indivision, l'opinion généralement admise est que la femme peut, pendant la communauté, renoncer au droit d'exercer le retrait.

Faut-il aller plus loin et lui reconnaître le même droit dans ses rapports avec son mari ? Sur ce point la doctrine est divisée, mais nous remarquons une tendance à accorder à la femme cette faculté. « Nous ne voyons pas, dit M. Guillouard, pourquoi la femme ne pourrait pas prendre le lendemain le parti qu'elle aurait pu prendre la veille en figurant au contrat d'acquisition » (1). Sans doute l'influence du mari peut empêcher la femme de profiter de la faveur de l'article 1408, 2^e alinéa. Mais ce conflit qui peut exister entre les intérêts des deux conjoints est-il suffisant pour refuser à la femme toute option pendant la durée de la communauté ? En abandonnant l'immeuble avant la dissolution de la communauté, la femme devance un délai établi dans son intérêt exclusif par un texte qui n'a rien de prohibitif (2). Pourquoi ne pourrait-elle pas, pendant la communauté, renoncer au droit d'exercer le retrait d'indivision alors qu'il lui est permis

(1) Guillouard, *Contr. de Mar.*, II, n° 551.

(2) Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n° 452.

de renoncer à son hypothèque légale sur les biens du mari (L. 23 mars 1855, art. 9 et L. 13 février 1889). Ces deux institutions destinées à garantir la femme contre la mauvaise gestion et les abus de pouvoir du mari doivent s'harmoniser avec les règles de la communauté : Ce régime constitue un régime de collaboration qui doit permettre la libre administration du patrimoine propre de chaque époux et du patrimoine commun ; sous ce régime le concours des deux conjoints doit pouvoir lever tous les obstacles que le mari, chef de la communauté, rencontre dans son administration. De même que la femme a le droit de libérer les biens de son mari et de la communauté de son hypothèque légale, sans pouvoir y être contrainte, de même elle doit pouvoir renoncer pendant la communauté au droit d'exercer le retrait d'indivision qui est une gêne pour la libre administration de la communauté. Nous estimons que le régime de communauté ne peut constituer un vrai régime de collaboration et, à ce titre, mériter la préférence du législateur qu'à la condition de permettre à la femme de renoncer à toutes les garanties établies en sa faveur ; lorsqu'on est en présence d'une disposition exceptionnelle comme celle de l'article 1408, 2^e alinéa, il faut éviter avec soin de l'interpréter dans un sens trop rigoureux et gênant pour la gestion de la communauté.

C. — *Délai.*

Pendant la durée de la communauté la femme peut prendre parti, soit en exerçant le retrait de l'immeuble ac-

quis par le mari, soit en renonçant à ce droit, mais elle ne peut y être contrainte.

L'obligation de se prononcer ne prend naissance qu'à la dissolution de la communauté : la femme a 30 ans à partir de cette époque pour prendre parti sur son droit d'option ; aucun texte spécial n'ayant abrégé le laps de temps requis pour la prescription, le droit commun contenu dans l'article 2262. Code civil doit être observé.

Cependant sur une mise en demeure du mari ou de ses héritiers, la femme ne peut prétendre qu'elle a trente ans pour faire son choix : il serait injuste de laisser pendant ce délai régner l'incertitude sur le sort de l'immeuble grevé de retrait et d'exposer la communauté à toutes les mauvaises chances, car la femme ne manquerait pas d'abandonner cet immeuble à la communauté s'il venait à diminuer de valeur et de le retirer dans le cas contraire. « Le mari ou ses héritiers, dit Troplong, peuvent exiger que la femme ou ses représentants fassent option lors de la dissolution de la communauté ou des reprises de la femme ; ceux-ci ne doivent pas s'y refuser ; c'est là un moment décisif qu'il n'est pas bon de laisser passer sans fixer les positions et prendre parti » (1).

V. — PAR QUI PEUT ÊTRE EXERCÉ LE DROIT D'OPTION
CONFÉRÉ PAR L'ARTICLE 1408, 2^e ALINÉA.

Le retrait d'indivision est une faveur qui n'appartient

(1) Troplong, *Contrat de Mariage*, n° 684. En ce sens, Duranton, *Cours de Dr. fr.*, t. XIV, n° 210 ; — Caen, 31 juillet 1838. S. 39. 2. 97.

qu'à la femme, jamais au mari. Mais ce droit spécial à la femme ne peut-il être exercé que par elle ? Ne constitue-t-il pas un droit pécuniaire transmissible à ses héritiers et susceptible d'être exercé par ses créanciers ?

On admet généralement que le droit d'exercer le retrait passe aux héritiers de la femme qui en sont saisis de plein droit, en vertu de l'article 724, Code civil, connue de tous les autres droits et actions du défunt ; les héritiers peuvent exercer le droit d'option accordé par l'article 1408, 2^e alinéa comme la femme elle-même aurait pu l'exercer (1).

La question de savoir si le retrait d'indivision peut être exercé par les créanciers de la femme dans les termes de l'article 1466, Code civil est controversée. La jurisprudence se prononce pour la négative et déclare que le droit d'option est exclusivement attaché à la personne de la femme : le retrait d'indivision, d'après elle, est une faculté dont la femme peut à son choix user ou ne pas user et qui ne figure pas dans son patrimoine comme gage de ses créanciers. C'est, dit-on, un droit exorbitant du droit commun accordé à la femme par des considérations purement personnelles, de convenance et de position : ce droit accordé en considération de la femme ne peut être exercé que par elle. « Attendu, dit la Cour de cassation, que le droit de retrait accordait à la femme par l'article 1408 constitue un privilège, que tout privilège doit, de sa nature, être soigneusement restreint dans les limites qui lui sont données par la loi ; que l'exercice de ce droit est pure-

(1) Troplong, *Contr. de Mar.*, I, n° 677 ; — Le Courtois et Surville, I, n° 436 ; — Odier, *Contrat de Mar.*, I, n° 143 ; — Riom, 12 décembre 1888. S. 91. 2. 83 ; — Guillouard, *Contr. de Mar.*, II, n° 547 ; — Trib. de Toulouse, 27 janvier 1894. S. 96. 2. 53 et la note. — Laurent, XXI, n° 335.

ment facultatif et que la concession de cette faculté a pour unique objet de la prémunir contre le préjudice qui pourrait résulter pour elle de l'administration de son mari et que, dès lors, le droit de l'exercer est exclusivement attaché à sa personne »(1) .

La théorie de la jurisprudence est avec raison repoussée par la majorité des auteurs (2). Le droit d'exercer le retrait d'indivision n'est pas en effet un droit exclusivement attaché à la personne de la femme, comme l'est, par exemple, le droit de demander la séparation de biens, ou un droit dont la femme puisse seule profiter, comme l'usage et l'habitation. Il a pour but de garantir la femme d'un préjudice que son mari pourrait lui causer, il est un moyen pour la femme d'accroître sa fortune immobilière ; il a par conséquent un caractère pécuniaire et, bien qu'on l'ait contesté, il fait partie des droits patrimoniaux de la femme, et, à ce titre, forme le gage de ses créanciers. L'exercice de ce droit est régi par l'article 1466 ; il peut l'être également par l'article 1467 Code civil, lorsque les créanciers peuvent prouver que c'est en fraude de leurs droits que la femme n'a pas exercé le retrait d'indivision.

Toutefois les créanciers de la femme ne peuvent exercer le droit d'option qui appartient à leur débitrice qu'après la dissolution de la communauté. Nous estimons que le même droit doit être accordé aux créanciers des héritiers de la femme décédée sans avoir pris parti.

(1) Cass., 14 juillet 1834. S. 34. 1. 533. En ce sens, Riom, précité ; — Troplong, I, n° 677 ; — Laurent, XVI, n° 428 ; — Odier, *op. cit.*, I, n° 143 ; — Massé et Verger, III, p. 411.

(2) Duranton, 14, n° 203 ; — Aubry et Rau, IV, § 313, p. 229 ; — Rodière et Pont, I, n° 633 ; — Guillouard, II, n° 434.

VI. — EFFETS DU DROIT D'OPTION EXERCÉ PAR LA FEMME

A. — *La femme abandonne l'immeuble à la communauté.*

Lorsque la femme renonce au droit d'exercer le retrait d'indivision, l'immeuble prend définitivement la condition de conquêt ; « ce n'est pas, dit M. Guillouard, une qualité nouvelle qu'il prend, c'est une condition qu'il conserve ; il avait la qualité de conquêt de communauté à titre provisoire, il l'aura à titre définitif » (1). La situation antérieure est consolidée.

Il en résulte que toutes les constitutions de droits réels et toutes les aliénations consenties par le mari pendant la durée de la communauté relativement à l'immeuble grevé de retrait sont valables et aussi inattaquables que celles consenties sur les autres conquêts de communauté. Les droits des tiers, menacés de résolution comme le droit de la communauté elle-même, deviennent purs et simples (2).

Aux termes de l'article 1408, 2^e alinéa, la femme qui renonce au droit d'exercer le retrait d'indivision abandonne l'effet à la communauté. Que veut dire ce mot « effet » ? Si le mari s'est rendu adjudicataire sur licitation de la totalité d'un immeuble indivis entre son épouse et des tiers, il n'est pas douteux que l'abandon porte sur la totalité de l'immeuble ; la communauté devient

(1) Guillouard, *Contrat de Mariage*, II, n° 557.

(2) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, n° 459.

alors débitrice envers la femme de la portion lui appartenant dans le prix de licitation. Mais il peut se faire que le mari ait seulement acquis la part ou les parts indivises des consorts de sa femme. Cette acquisition partielle rentre assurément dans les prévisions de l'article 1408, 2^e alinéa, qui suppose que le mari a acheté une portion d'un immeuble dont sa femme est copropriétaire. Pendant la durée de la communauté et jusqu'à ce que la femme ait exercé son droit d'option l'immeuble est indivis entre la femme qui est restée propriétaire de sa part indivise et la communauté pour le compte de laquelle les autres parts ont été acquises. Si la femme exerçait le retrait d'indivision, comme elle en a le droit, elle réunirait à sa part celles possédées par la communauté; mais nous avons supposé qu'elle renonçait à exercer le retrait. Que doit-elle abandonner? Est-ce tout l'immeuble, y compris sa part indivise?

D'après une théorie soutenue autrefois par Troplong et Duranton et qui a aujourd'hui comme défenseur M. Saleilles, lorsque la femme opte pour l'abandon de l'effet à la communauté, ce n'est pas seulement la portion acquise par le mari qui devient définitivement la propriété de la communauté, c'est l'immeuble indivis tout entier, y compris la portion qui appartenait précédemment à la femme, pourvu toutefois qu'il n'y ait pas d'autres copropriétaires n'ayant pas cédé leur part au mari. Il doit en être ainsi, dit-on, pour empêcher de créer entre les époux une situation que la loi condamne, à savoir l'indivision entre la femme et la communauté. La loi, suivant cette doctrine, a réglé une alternative entre deux partis : la femme peut réclamer des droits sur toutes les parts acquises par le mari et réunir ces parts à celle qu'elle possède; si elle

refuse de jouir de cette faveur, le second parti s'impose à elle : elle doit tout abandonner, car il faut que la pleine propriété de l'immeuble se trouve de son côté ou de celui de la communauté. C'est, affirme-t-on, la solution qui ressort de l'article 1408, 2^e alinéa, d'après lequel la femme devient créancière de la portion lui appartenant dans le prix. « Cet article, dit Troplong, prévoit précisément le cas où le mari n'a acheté qu'une portion de l'immeuble. Eh bien ! même dans cette hypothèse, il veut que ce soit l'objet tout entier qui soit abandonné à la communauté, sauf à indemniser la femme de la part à elle appartenant. En un mot, le texte de l'article 1408 ne fait aucune différence entre l'achat de la totalité de la chose et l'achat des parts des copropriétaires. Et la raison veut qu'il en soit ainsi. Quel est donc le motif qui empêche la femme de prendre pour elle le marché du mari ? C'est probablement qu'elle le trouve trop cher et trop onéreux. Or, si on lui paye sa part à ce prix, si élevé d'après elle-même, quel motif aurait-elle de demander un nouveau partage ? pourquoi ne pas considérer l'affaire comme terminée moyennant cette légitime indemnité ? » (1).

La solution généralement admise est au contraire que la femme ne doit abandonner que ce que la communauté a acquis ; lorsque le mari ne s'est rendu acquéreur que d'une part indivise, c'est cette portion seule qui est entrée

(1) Troplong, I, n° 685. En ce sens, Duranton, XIV, n° 206 ; M. Saleilles, *Cours de Dr. Civil*, 1899-1900. *Situation de la femme dans le Mariage* ; — Babinet, *Revue de Dr. fr. et étranger*, 1845, II, p. 705-706 ; — Dalloz, J. gen., *Contrat de Mariage*, n° 855 ; — *Note sous un arrêt de la Cour de Toulouse*, 27 janvier 1894. S. 96. 2. 53.

en communauté et que la femme y laisse, plutôt qu'elle ne l'abandonne, en conservant celle qui lui est propre. Par ces mots « abandonner l'effet à la communauté », il est évident que le législateur a simplement réglé le cas où l'immeuble entier est licité, le seul cas dont on s'occupait dans l'ancien Droit, le seul qui fut prévu dans le premier projet de l'article 1408. La section du Tribunat qui a étendu après coup cette mesure aux acquisitions amiables du mari n'a pas songé à modifier la fin de l'article. Ce qui le prouve, c'est que l'article 1408 met sur le même pied les deux côtés de cette alternative : abandonner l'effet et retirer l'immeuble ; or, dans notre hypothèse, la femme en exerçant le retrait ne retire que les parts acquises par le mari ; elle ne doit donc abandonner que ces mêmes parts en renonçant au retrait (1).

Quant à l'argument tiré du texte de l'article 1408, il a peu de valeur. En disant que la femme devient créancière de la portion du prix, l'article 1408 n'a pas tranché la question qui nous occupe ; il a seulement indiqué que la femme a droit à une récompense lorsqu'elle est privée de sa part dans l'immeuble, ce qui arrive lorsque cet immeuble a été licité et adjudgé en totalité au mari. Mais il ne résulte nullement du texte de l'article 1408 qu'en renonçant au droit d'exercer le retrait la femme devienne nécessairement créancière de la valeur de sa part par suite de l'abandon qu'elle doit en faire à la communauté. D'ailleurs, dans le système que nous combattons, comment fixer le montant de la récompense due à la femme ? « La femme, dit Duranton, peut demander un prix de sa part proportionné à celui que le mari a payé pour

(1) Terrat, Thèse Paris, 1872.

acquérir les portions des copropriétaires, et s'il les avait acquises successivement et à des prix différents, nous croyons que l'on devrait prendre le terme moyen comme point de comparaison (1). » Ce mode de fixation de l'indemnité due à la femme est arbitraire; nous ne trouvons aucune base légale d'estimation pour le règlement de cette indemnité. N'est-ce pas un indice que l'abandon de la part de la femme n'était pas dans la pensée des rédacteurs du Code?

Forcer la femme à abandonner sa part indivise à la communauté lorsqu'elle refuse d'exercer le retrait, c'est retourner contre elle la disposition de l'article 1408, 2^e al. et créer un retrait que la loi n'a pas prévu. Comme le disent avec raison MM. Le Courtois et Surville « il faudrait quelque chose de plus dans le texte pour introduire cette autre dérogation au droit commun; que la femme ne pourrait renoncer au retrait de l'acquisition d'une part indivise, sans faire elle-même l'abandon de sa propre part (2). » D'ailleurs le but de cette obligation imposée à la femme ne pourrait être que de mettre fin à l'indivision: or il serait impossible d'obtenir ce résultat lorsque le mari n'a pas acquis toutes les parts des autres copropriétaires. Faudrait-il cependant dans cette hypothèse contraindre la femme à abandonner sa part à la communauté? Admettre l'affirmative, ce serait exproprier la femme sans avantage appréciable: une telle solution dépasserait le but visé par le législateur.

Sans doute les rédacteurs du Code auraient pu, sans grave inconvénient, contraindre la femme à abandonner

(1) Duranton, *op. cit.*, XIV, n° 206.

(2) Le Courtois et Surville, *op. cit.*, II, n° 459.

sa part à la communauté lorsqu'elle refuse d'exercer le retrait d'indivision, car en accordant un privilège la loi peut imposer certaines conditions aux personnes qu'elle favorise. Cette obligation aurait pu facilement trouver son explication dans ce fait que la possession des parts indivises des conjoints de la femme constitue pour la communauté une cause légitime de préférence pour le tout. En effet les parts indivises appartenant à la communauté et à la femme ayant été réunies pour la jouissance et l'administration entre les mains du mari, chef de la communauté, le droit de la femme sur une part déterminée a pour ainsi dire disparu par suite de la confusion existant entre toutes ces parts. Il pourrait paraître juste de contraindre la femme soit à prendre le tout soit à abandonner sa part à la communauté, moyennant le paiement d'une récompense. Mais dans l'état actuel de notre Droit il nous semble difficile d'admettre une telle solution, car nous ne pouvons nous substituer au législateur et ajouter à son œuvre.

En l'absence de texte formel, nous ne pouvons favoriser la communauté au préjudice de la femme; nous devons admettre la solution proposée dans l'ancien Droit par Valin : la femme peut laisser pour le compte de la communauté les portions acquises de ses copropriétaires en conservant sa portion personnelle (1).

Une autre question doit être résolue : la femme qui renonce au droit d'exercer le retrait peut-elle volontairement abandonner sa part à la communauté ?

Selon nous une distinction s'impose. Si la renonciation intervient pendant la durée de la communauté ou du

(1) Valin, *Contr. de La Rochelle*, I, p. 493, art. 22, § 1^{er}.

mariage, non seulement la femme ne peut être forcée d'abandonner sa part, mais encore elle ne peut la céder volontairement à la communauté : une telle cession est prohibée par l'article 1-595, Code civil. Si la renonciation se produit après la dissolution du mariage, la femme peut valablement céder sa part à son mari ou à ses héritiers moyennant un prix fixé par les parties contractantes.

B. — *Exercice du retrait d'indivision. Nature de l'acte accompli par la femme. Diverses explications.*

L'expression retrait d'indivision pourrait faire croire que l'immeuble est indivis au moment où la femme exerce le retrait ; il en est ainsi lorsque le mari n'a acquis qu'une portion de l'immeuble. L'indivision au contraire n'existe plus au moment où la femme exerce le retrait lorsque la totalité de l'immeuble a été acquise. Dans les deux cas le droit de la femme est le même : que l'indivision existe encore ou qu'elle ait disparu, la femme peut retirer l'immeuble de la communauté. « Ce n'est pas, dit M. Laurent, à raison de l'indivision où se trouve l'immeuble qu'on qualifie de retrait d'indivision le droit de la femme : on l'appelle ainsi parce que la loi le donne à la femme à raison du droit indivis qu'elle possède dans l'immeuble. »

La femme a le droit, dit l'article 1408, 2^e alinéa « de retirer l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition ».

Le droit de retrait c'est le droit de se substituer à l'acheteur dans un contrat de vente ; lorsque la femme exerce le retrait d'indivision elle acquiert les parts indivises que ses consorts avaient vendues au mari ; elle se

substitue à celui-ci et fait un propre de l'immeuble qu'elle retire de la communauté moyennant le remboursement du prix d'acquisition.

La question des effets du retrait d'indivision soulève de grandes difficultés à cause du silence du législateur à ce sujet. Ces difficultés tiennent à ce que le retrait n'est ni une cession volontaire, ni une expropriation ; il n'a pas seulement pour résultat de transporter la propriété de l'immeuble retrayé de la communauté à la femme ; il a pour effet de subroger la femme à la communauté dans tous les droits résultant de la convention passée entre le mari et les autres copropriétaires.

Dans le silence de la loi, diverses conceptions se sont fait jour pour expliquer l'acte accompli par la femme qui exerce le retrait d'indivision. Les uns le considèrent comme la ratification de l'acquisition faite par le mari, d'autres comme une transmission nouvelle de propriété ; d'autres enfin voient dans le retrait d'indivision une substitution de la femme au mari.

1^{re} Conception. — Ratification par la femme de l'acte passé entre le mari et les vendeurs.

D'après cette théorie, le mari en acquérant les parts indivises des copropriétaires de sa femme a agi en qualité de gérant d'affaires et par l'exercice du retrait d'indivision la femme ratifie la gestion du mari.

Telle paraît avoir été la conception de nos anciens auteurs coutumiers qui considéraient le mari comme le gérant d'affaires de la femme toutes les fois qu'il n'était pas possible de lui reconnaître la qualité de mandataire de celle-ci. Cette théorie, dit on, doit encore être admise de nos jours, parce qu'en édictant l'article 1408, 2^e alinéa,

les rédacteurs du Code se sont inspirés de l'ancien Droit et ont entendu en consacrer les solutions.

La ratification de la femme produit un effet rétroactif non seulement dans les rapports de la femme et du mari, chef de la communauté contre laquelle le retrait est exercé, c'est-à-dire du retrayant et du retrayé, mais encore à l'égard du tiers avec qui le mari a contracté, à l'égard des auteurs et des ayants cause de celui-ci.

Dans les rapports du mari et de la femme, la situation est la même que si la femme avait donné à son mari mandat de se porter acquéreur en son nom et pour son compte des parts de ses coindivisaires : *ratihabitio mandato comparatur*. (1) En ratifiant la gestion du mari, la femme prend pour elle le marché conclu par celui-ci. Par suite de l'effet rétroactif attaché à la ratification, le droit de propriété de la communauté est rétroactivement résolu et l'immeuble est censé n'avoir jamais eu la qualité de conquêt : la femme est considérée comme ayant été *ab initio* propriétaire de l'immeuble soumis au retrait (2).

A l'égard des tiers, ayants cause du mari, les constitutions de droits réels et les aliénations consenties par celui-ci, *pendente conditione*, sur l'immeuble retrayé sont anéanties. « La revente que le mari passerait en son nom propre de la portion par lui acquise, dit la Cour de Grenoble, ne saurait préjudicier à la femme qui ne peut être privée du bénéfice du marché par lequel son mari a fait cesser pour elle les inconvénients de l'indivision (3) ». Les droits des tiers, notamment ceux des acheteurs et des

(1) *Digeste*, Livre XLVI, t. III, L. 42, § 4.

(2) Caen, 31 juillet 1858. S. 59. 2. 97.

(3) Grenoble, 18 août 1854. D. 56. 2. 61.

créanciers hypothécaires, sont menacés par le droit de retrait qui appartient à la femme. C'est pourquoi les tiers qui traitent avec le mari doivent qu'enquérir avec soin de l'origine de l'immeuble sur lequel des droits leur sont consentis et, par mesure de précaution, exiger le concours de la femme qui, d'après la théorie que nous avons soutenue, peut, avant la dissolution de la communauté, renoncer au privilège que lui confère l'article 1408.

La femme est personnellement obligée envers les vendeurs et le mari est déchargé de toute obligation envers ceux-ci; cette conséquence résulte des règles de la gestion d'affaires: lorsque le gérant traite au nom du maître il oblige celui-ci sans s'obliger personnellement.

Là ne s'arrêtent pas les conséquences de cette théorie. La femme, prenant pour son compte l'acquisition du mari, se trouve être l'ayant cause des anciens copropriétaires; il en résulte que l'acquisition équivaut à un partage lorsqu'elle a fait cesser l'indivision: il y a lieu d'appliquer l'article 883 Code civil. En conséquence la femme étant réputée avoir été seule propriétaire de toutes les parts acquises par le mari, les droits réels constitués par les anciens copropriétaires sont résolus. Ainsi, si cette conception est exacte, la rétroactivité de la ratification de la femme aurait pour effet d'anéantir le droit de propriété de la communauté, les droits réels consenties par le mari *pendente conditione* et ceux constitués par les anciens copropriétaires.

De telles conséquences seraient suffisantes pour condamner cette théorie, si elle n'était pas contraire aux principes du retrait. Nous ne pouvons admettre que la rétroactivité de la ratification puisse produire de tels effets. Dans les rapports des époux, la substitution de la

femme au mari peut être complète, mais vis-à-vis des vendeurs qui ont contracté avec le retrayé, le retrait est *res inter alios acta* : la femme ne peut invoquer le droit que lui confère l'article 1408, 2^e alinéa, pour se substituer vis-à-vis d'eux à toutes les obligations du mari et leur imposer ainsi une novation par changement de débiteur. De plus, il n'est pas permis à la femme d'invoquer sa qualité de copropriétaire et les règles sur les effets du partage pour faire résoudre tous les droits réels constitués par ses coindivisaires antérieurement à la vente consentie à son mari.

Cette idée de gestion d'affaires et de ratification par la femme, est étrangère au but de la loi. Nous l'avons rejetée en étudiant les conditions du retrait d'indivision et, à la présomption artificielle du Droit romain et de l'ancien Droit, nous avons substitué la présomption inverse d'une acquisition pour le compte de la communauté. Le privilège accordé à la femme par l'article 1408, 2^e alinéa, loin de supposer de la part du mari un acte de gestion d'affaires a été édicté pour permettre à la femme de prendre un marché que son mari a fait en son nom personnel et que, dans certains cas, il aurait dû faire pour elle, en agissant en gérant d'affaires. La loi, presumant que le mari a voulu dépouiller sa femme d'une acquisition avantageuse, a déjoué ce calcul en créant le retrait d'indivision qui, nous le répétons, est étranger à toute idée de gestion d'affaires.

II^e Conception. — Transmission nouvelle de propriété.

Une deuxième théorie considère que le retrait d'indivision constitue une nouvelle vente et refuse en conséquence

de lui reconnaître l'effet rétroactif qui lui est attribué par la majorité des auteurs. Il y a, dit-on, deux transmissions de propriété : l'une des conjoints de la femme au mari et l'autre de la communauté à la femme. L'immeuble ne constitue un propre de la femme que du jour où le retrait est exercé.

Les conséquences de cette théorie sont la perception d'un deuxième droit de mutation et le maintien des droits réels constitués par le mari *pendente conditione* : la femme est forcée de respecter les aliénations partielles et les hypothèques légales, conventionnelles ou judiciaires provenant du chef du mari.

Si telle devait être la véritable conception du retrait d'indivision, le droit de retrait serait souvent illusoire, ainsi que le font remarquer MM. Le Courtois et Surville. « Le législateur, disent-ils, aurait eu la naïveté d'inviter la femme à différer son option jusqu'à la fin de la communauté tout en laissant le mari libre de l'anéantir ou de l'entraver par des aliénations ? Ce n'est pas là ce qu'a voulu l'article 1408. Les tiers sont avertis que le droit de la communauté est subordonné à une condition résolutoire ».

Cependant cette solution ne fait aucun doute pour M. Laurent lorsque le mari a acquis la totalité de l'immeuble grevé de retrait. « Il n'y a plus d'indivision, dit-il, la communauté est propriétaire ; la femme retire l'immeuble, est-ce à titre de copropriétaire par indivis ? et l'acte équivaut-il à un partage ? Non. La femme a vendu sa part indivise, elle n'a plus aucun droit sur l'immeuble. Si elle le retire, ce n'est pas comme copropriétaire, elle ne l'est plus, c'est en vertu d'un bénéfice de la loi. Elle rachète l'immeuble, le retrait est un rachat, donc une

nouvelle acquisition, une vente ordinaire: partant l'immeuble devient un propre en vertu du retrait, donc à partir du retrait » (1).

Telle n'a pu être la théorie des rédacteurs du Code qui en accordant à la femme le privilège du retrait d'indivision ne lui aurait assuré qu'une protection le plus souvent inefficace. Cette conception pourrait être admise dans une législation qui, dans la crainte de porter atteinte aux droits des tiers, prohiberait toute condition résolutoire; dans notre Code les conditions résolutoires et la rétroactivité qui y est attachée sont beaucoup trop nombreuses pour qu'on puisse hésiter à en voir une application dans le retrait d'indivision. Sans doute cette rétroactivité menace les intérêts des tiers, mais ceux-ci peuvent se mettre à l'abri des conséquences fâcheuses que peut produire à leur égard l'option de la femme en exigeant le concours de celle-ci à tous les actes qu'ils passent avec le mari. Par cette collaboration, qui est la caractéristique du régime de communauté, on peut remédier aux inconvénients d'une disposition légale qui en établissant une garantie pour la femme est obligée de compromettre la sécurité des tiers qui contractent avec le mari.

D'ailleurs, M. Laurent reconnaît lui-même que sa théorie ne peut pas recevoir une application générale; ce n'est que dans le cas où le mari a acquis la totalité de l'immeuble retrayé que le retrait constitue une nouvelle transmission de propriété. Lorsque le mari n'a acquis qu'une portion indivise de l'immeuble et lorsque la femme est restée copropriétaire de sa part, le retrait d'indivision a un autre caractère et produit des conséquences diffé-

(1) Laurent, *Tr. de Dr. civil*, XXI, n° 348.

rentes : « dans ce cas, dit M. Laurent, on peut dire que le retrait est un acte qui fait cesser l'indivision et qui équivaut à un partage ; la femme peut alors invoquer l'article 883 ; elle est acquéreur d'un immeuble qu'elle possède par indivis avec la communauté, le retrait fait cesser l'indivision et l'indivision cesse rétroactivement. Dans cette hypothèse, l'immeuble devient un propre à partir du moment où l'indivision a commencé ». Le retrait opère rétroactivement. »

Il nous paraît inexact d'attribuer au retrait d'indivision un caractère et des conséquences différents suivant qu'il porte sur la totalité ou sur une portion seulement de l'immeuble. Dans les deux cas, la protection due à la femme est la même et il y a les mêmes raisons pour sauvegarder ou au contraire pour sacrifier les intérêts des tiers.

D'ailleurs, M. Laurent suppose que le retrait d'indivision exercé par la femme qui était restée copropriétaire de sa part indivise a fait cesser l'indivision : il peut arriver qu'il n'en soit pas ainsi ; c'est ce qui se produit lorsque le mari n'a pas acquis les parts indivises de tous les copropriétaires autres que la femme : dans cette hypothèse, le retrait d'indivision est-il une nouvelle acquisition ou opère-t-il rétroactivement ? Les partisans de l'opinion que nous exposons ne nous font pas connaître la solution qui doit être donnée à cette question.

III^e Conception. — Substitution de la femme dans l'acte passé par le mari.

Pour connaître le caractère et les effets du retrait d'indivision, il faut avoir recours à la théorie générale du retrait. Le droit de retrait est le droit de se substituer à

l'acheteur dans un contrat de vente. C'est une faveur accordée à une personne qui n'est pas actuellement propriétaire d'un bien, mais qui a une juste cause de le devenir par préférence à d'autres. Ainsi la femme copropriétaire d'un immeuble a une juste cause de devenir un jour propriétaire de ce bien ; tant que dure l'indivision, elle a l'espoir de pouvoir, le jour où l'immeuble sera licité, réunir à sa part indivise celle de ses consorts. Cet espoir peut lui être ravi par le fait d'un des copropriétaires qui se rendra adjudicataire de l'immeuble indivis : celui-ci a aussi une juste cause de devenir propriétaire ; il n'y a aucune raison de préférer la femme au copropriétaire adjudicataire et de lui permettre de l'évincer. Mais la situation n'est plus la même lorsque l'adjudicataire est le mari de la femme copropriétaire : l'acte du mari paraît suspect et la loi permet à la femme de prendre pour son compte le marché aux conditions initiales. Par le retrait de l'immeuble, la femme est subrogée au mari dans tous les droits résultant de l'acquisition et cette substitution se produit avec effet rétroactif. Pour connaître l'étendue de cette substitution, il est nécessaire d'établir des distinctions selon qu'il s'agit de régler les rapports de la femme et du mari ou ceux de la femme et des tiers.

Dans les rapports du mari et de la femme la substitution est complète : la femme prend pour elle le marché conclu par le mari et elle est mise au lieu et place de celui-ci dans le contrat ; mais elle ne peut être considérée comme l'ayant cause de la communauté qui ne lui transmet aucun droit : il en résulte que la femme n'est pas tenue de respecter les droits réels constitués par le mari, chef de la communauté, sur l'immeuble retrayé dans l'intervalle de l'acquisition au retrait. « La femme venant à

opter pour le retrait, disent MM. Aubry et Rau, son option a un effet rétroactif et fait par conséquent évanouir les actes d'aliénation ou de constitution de droits réels consentis par le mari relativement à l'immeuble qui forme l'objet du retrait » (1). La rétroactivité de la substitution de la femme au mari produit ses effets à l'égard des ayants cause du mari.

En est-il de même à l'égard des tiers vendeurs? « Malgré la rétroactivité attachée à l'option de la femme, ajoutent MM. Aubry et Rau, l'exercice du retrait n'a pas pour effet de la mettre au lieu et place du mari vis-à-vis des anciens copropriétaires de l'immeuble et de la rendre débitrice personnelle et directe envers eux du prix d'acquisition. » La rétroactivité ne peut pas atteindre les vendeurs parce que ce n'est pas contre eux que le retrait est dirigé, aucune cause de suspicion n'existant à leur égard ; seul le mari est présumé en faute et contre lui seul le retrait doit produire effet.

Vis-à-vis des vendeurs la femme n'est pas mise au lieu et place du mari. Le retrait n'a pas pour effet de faire considérer l'acquisition comme étant intervenue entre elle et les anciens copropriétaires ; il en résulte que l'article 883 Code civil ne trouve pas son application, même au cas où le retrait a pour résultat de faire cesser l'indivision. L'opération du mari conserve le caractère qu'elle avait primitivement, c'est-à-dire celui d'une vente et la femme prend l'immeuble dans les conditions où le mari l'a acquis : elle doit respecter tous les droits grevant cet immeuble du chef des vendeurs.

Le contrat primitif n'étant pas effacé à l'égard des ven-

(1) Aubry et Rau, *Dr. civ.*, V, § 507, p. 345.

deurs le mari est seul responsable vis-à-vis d'eux du paiement du prix de vente. Ceux-ci, en effet, ont suivi la foi du mari qui est seul directement obligé à remplir les conditions de l'acquisition : leur situation respective n'est pas modifiée par l'exercice du retrait. Si le prix n'est pas encore payé au moment où la femme retire l'immeuble de la communauté, les vendeurs conservent leur action personnelle contre le mari et la communauté qui perd le bénéfice d'un marché dont elle assume provisoirement les charges. Même après la dissolution de la communauté le mari continue à pouvoir être poursuivi pour la totalité du prix.

Le retrait d'indivision ne crée pas contre la femme d'action personnelle et directe au profit des vendeurs originaires. La femme ne peut être atteinte qu'indirectement par les poursuites des cédants, soit comme commune en biens, si elle accepte la communauté; soit par l'exercice du privilège du vendeur ou de l'action résolutoire. Elle a d'ailleurs la faculté de mettre l'immeuble retrayé à l'abri du droit de suite des vendeurs en remplissant les formalités de la purge et elle peut invoquer le délai de déchéance de l'article 6 de la loi du 23 mars 1855 (1). Cette faculté lui est au contraire refusée par la théorie qui considère la femme comme substituée au mari vis-à-vis des vendeurs, parce qu'elle est leur débitrice personnelle.

En résumé, la rétroactivité du retrait d'indivision ne se produit pas d'une manière absolue : elle a eu lieu à l'égard du mari et de ses ayants cause, mais elle n'existe pas vis-à-vis des vendeurs originaires et de leurs ayants cause.

(1) Aubry et Rau, V, § 507. Rodière et Pont, n° 640. Demolombe, t. XVI, p. 445. Cass., 14 novembre 1854. D. 1855. 4. 232.

L'opinion que nous soutenons et qu'on peut appeler « théorie de la rétroactivité partielle » a été combattue par M. Colmet de Santerre qui reconnaît au retrait d'indivision des effets plus absolus et plus radicaux : la substitution qui résulte du retrait, d'après cet auteur, est absolue et produit ses effets *erga omnes*, même vis-à-vis des vendeurs, c'est-à-dire des anciens copropriétaires de la femme. Jusqu'à l'exercice du droit d'option la propriété de la communauté est soumise à une condition résolutoire ; par suite du retrait cette propriété est résolue et la femme est considérée comme ayant été propriétaire de l'immeuble retrayé depuis le jour de l'acquisition réalisée par le mari. Ce système qui peut être qualifié de « système de la rétroactivité absolue » a pour conséquence de subroger la femme à tous les droits et à toutes les obligations du mari envers les vendeurs. L'obligation de payer le prix passe de la tête du mari sur celle de la femme et l'obligation de la communauté serait éteinte si celle-ci, ayant figuré au contrat dans la personne du mari, ne devait être intervenue au moins à titre subsidiaire, comme caution. « Il faut, dit M. Colmet de Santerre, que l'obligation de la femme se substitue à celle de la communauté, ou au moins qu'elle devienne principale, celle du mari et de la communauté devenant comme l'obligation d'une caution, car il serait dangereux de l'éteindre parce que les vendeurs peuvent avoir compté sur l'engagement du mari » (1).

Une autre conséquence du système de la rétroactivité absolue est le changement de nature de l'acte passé entre le mari et les consorts de la femme. Le mari, étant étran-

(1) Colmet de Santerre, *Cours analyt.*, t. VI, p. 91.

ger à l'indivision, l'adjudication à son profit avait le caractère d'une vente ; à l'égard de la femme elle équivaut à un partage et est soumise à l'article 883 Code civil : « Le droit de la femme, dit M. Colmet de Santerre, ne remonte pas seulement à l'adjudication, il remonte au commencement de l'indivision avec ses copropriétaires. » Dans cette théorie le privilège conféré aux vendeurs varie suivant qu'il est exercé contre le mari *pendente conditione* ou contre la femme après l'exercice du retrait, lorsqu'il s'agit d'une acquisition qui a fait cesser l'indivision. L'adjudication au profit du mari ayant le caractère d'une vente, l'exécution de ses obligations d'acheteur est garantie par le privilège du vendeur ; mais par suite de l'effet rétroactif du retrait, la femme étant considérée comme ayant traité directement avec les vendeurs, ses copropriétaires, ceux-ci ont pour la garantie de leur créance le privilège du copartageant : l'acquisition change de nature et les règles à appliquer ne sont plus les mêmes ; les principes de la vente sont hors de cause, il faut se référer aux règles relatives au partage.

Dans cette théorie les droits des tiers qui ont contracté avec les coindivisaires de la femme, sont menacés sans qu'il soit possible à ces tiers de se mettre à l'abri des conséquences du retrait ; il n'ont pas comme ceux qui contractent avec le mari la possibilité de mettre en cause la femme pour la faire renoncer à son droit d'option. Pousser, ainsi dans ses conséquences extrêmes, le principe de l'effet rétroactif du retrait d'indivision c'est méconnaître les règles générales qui régissent la matière des retruits. M. Colmet de Santerre reconnaît d'ailleurs les inconvénients de la théorie de la rétroactivité absolue relativement aux droits des tiers. « C'est là, dit-il, le plus

grand inconvénient du droit exorbitant accordé à la femme par l'article 1408. Pendant longtemps peut-être une grande incertitude règnera sur les effets de l'adjudication et sur le sort des droits que les copropriétaires de la femme auront pu constituer pendant l'indivision » (1).

Nous estimons que pour préciser les effets du retrait d'indivision, il faut appliquer les règles générales de la matière des retraits. Là femme est substituée au mari et moyennant le paiement du prix d'acquisition à la communauté, elle devient rétroactivement propriétaire de l'immeuble retrayé, mais la situation primitive des vendeurs ne peut pas être modifiée par le retrait d'indivision qui est à leur égard *res inter alias acta*. « Le vendeur, dit Pothier, n'est pas obligé d'accepter le retrayant pour débiteur à la place de l'acheteur. La raison est que le retrait est une affaire qui ne se passe qu'entre le retrayant et l'acheteur sur qui le retrait s'exerce et qui ne concerne pas le vendeur. Le vendeur n'étant pas garant du retrait, l'acheteur étant censé s'être chargé d'en courir le risque, le retrait ne peut donner à l'acheteur sur qui il est exercé, aucune action contre le vendeur, pour l'obliger à le décharger de son obligation ; le vendeur se trouve donc dans la règle générale, qui ne permet pas qu'un créancier puisse être obligé, malgré lui, à changer de débiteur, quelque caution qu'on lui offre » (2).

La théorie de la mi-rétroactivité, conforme aux règles du retrait, a l'avantage de ne pas imposer aux vendeurs l'obligation de changer de débiteur et de ne pas exposer directement la femme aux poursuites de ceux-ci pour le

(1) Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, p. 92.

(2) Pothier, *Traité des retraits*, n° 300.

paiement du prix. Pour ces raisons, elle doit être préférée à toutes les autres théories formées pour expliquer les effets du retrait d'indivision.

VII. — DU RETRAIT D'INDIVISION SOUS LES RÉGIMES AUTRES
QUE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

Le bénéfice de l'article 1408, 2^e alinéa, peut-il être invoqué par une femme mariée, sous un régime autre que la communauté légale ?

L'affirmative ne fait aucun doute lorsque les époux ont adopté la communauté conventionnelle, car ce régime est régi par les principes de la communauté légale pour tous les cas non prévus au contrat de mariage (art. 1528, C. civ.). D'ailleurs, de l'avis de la majorité des auteurs, l'institution du retrait d'indivision constituant pour la femme une garantie contre l'abus de puissance du mari, il faut déclarer nulle toute clause du contrat de mariage par laquelle les époux déclarent déroger à la disposition du 2^e alinéa de l'article 1408 (1).

Il faut admettre la même solution lorsque les époux, en se mariant sous le régime dotal, ont stipulé accessoirement une société d'acquêts ; cette société est une clause de communauté conventionnelle et comme telle, elle est réglée par l'article 1528, C. civ. ; toutes les règles de la communauté légale lui sont applicables en tant qu'elles sont compatibles avec celles du régime dotal ; la femme dotale

(1) Laurent, XXI, n^o 334.

peut se prévaloir de l'article 1408, 2^e alinéa, lorsqu'il existe entre elle et son mari une société d'acquêts.

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre l'extention du retrait d'indivision aux hypothèses que nous venons de prévoir. Mais ne faut-il pas aller plus loin et accorder l'exercice de ce droit à toute femme mariée?

D'après une doctrine, peu suivie d'ailleurs, la disposition de l'article 1408, 2^e alinéa est exceptionnelle : elle accorde à la femme une faveur pour contrebalancer les pouvoirs du mari, chef de la communauté ; à ce titre elle est de stricte interprétation comme toute disposition qui consacre un privilège et ne peut être étendue par voie d'analogie. Pour obliger le mari à subir dans la propriété qu'il a acquise toutes les entraves qu'entraîne le retrait d'indivision, il faudrait, dit-on, des textes de loi ; or il n'en existe qu'un : l'article 1408, 2^e alinéa, et, en plaçant cette disposition dans le chapitre de la communauté, le législateur en a limité l'étendue d'application, on ne peut notamment l'appliquer par extension au régime dotal : « car, dit M. Odier les principes qui servent de base au régime dotal et au régime de communauté sont trop opposés pour que l'argument d'analogie puisse être invoqué » (1). Sous ce régime, d'après M. Bellot des Minières, l'acquisition faite par le mari de tout ou portion d'un immeuble, dont sa femme était copropriétaire, est imposée à la femme parce que le mari a agi comme son mandataire, en sa qualité de représentant, le mari étant sous le régime dotal, à la différence de la communauté, quant aux ac-

(1) Odier, *Contrat de Mariage*, t. III, n° 4039. En ce sens, Laurent, t. XXI, n° 334. Trib. de Toulouse, 27 janvier 1894. S. 96. 2. 53.

tions immobilières, le représentant légal de sa femme (1) ». Nous ne pouvons admettre cette solution, car imposer à une femme dotale une telle acquisition c'est faire une fausse application de l'article 1549, Code civil, qui confère au mari l'exercice des actions immobilières de sa femme mariée sous le régime dotal et méconnaître les changements que la théorie du retrait d'indivision a subis en passant successivement du droit romain et de l'ancien droit dans notre droit actuel.

La théorie qui restreint l'application de l'article 1408, 2^e alinéa, aux régimes de communauté paraît, à certains auteurs, conforme à l'économie du Code relativement aux mesures de protection organisées en faveur de la femme. Sous les régimes autres que la communauté, la femme, d'après eux, n'a pas besoin de remèdes exceptionnels, car il n'y a pas à craindre de la part du mari des abus semblables à ceux qu'il peut commettre sur les biens communs. Ainsi M. Odier estime que sous le régime dotal le vœu de la loi est rempli lorsque la restitution de la dot est garantie. Pour admettre l'extension du retrait d'indivision à ce régime il faudrait que cette institution servît à garantir la constitution de dot d'une part indivise ; or, dit-il, il n'est pas besoin du secours du retrait d'indivision pour assurer à une femme dotale la restitution de ses droits dans un immeuble indivis adjugé sur licitation au mari. « Cette constitution faite à la femme d'une portion d'immeuble indivis et qui par suite de la licitation se détermine en une part correspondante sur le prix de l'immeuble adjugé au mari n'a-t-elle pas toutes les sûretés compatibles avec le régime dotal ? D'une part l'immeuble adjugé au mari, et qui par là est

(1) Bellot des Minières, *Tr. du Contrat de Mariage*, IV, p. 143.

censé dans sa propriété dès l'origine de l'indivision même, est grevé dès lors de l'hypothèque légale qui frappe tous ses immeubles dès le jour du mariage ; or, ce supplément d'hypothèque, qui, vu sa cause, est toujours d'une valeur pour le moins deux fois plus forte que la créance dotale sur l'immeuble indivis, a dans l'espèce une efficacité particulièrement rassurante pour la garantie de la part du prix afférent à la femme ? D'autre part, l'article 1558, dernier alinéa, n'exige-t-il pas qu'il soit fait emploi de la part du prix à laquelle la femme a droit pour sa dot » (1).

Cette doctrine n'a pas prévalu : la majorité des auteurs et de nombreuses décisions judiciaires reconnaissent à la femme le droit d'exercer le retrait d'indivision sous tous les régimes matrimoniaux, même sous le régime dotal auquel il n'est adjoint aucune société d'acquêts (2). Nous nous rallions à cette dernière opinion.

Quelque soit le régime matrimonial des époux, la femme a le même intérêt à s'assurer la pleine et entière propriété d'un immeuble dont elle est pour partie propriétaire en réunissant les parts de ses coindivisaires à la sienne. Outre l'hypothèque légale qui, dans l'opinion que nous repoussons, paraît suffisante comme garantie, il faut donner à la femme le moyen de reconquérir l'immeuble indivis adjugé au mari : elle a une juste cause de préférence sur celui-ci pour posséder ce bien sur lequel elle avait un droit indivis dont elle a pu être dépouillée malgré elle par

(1) Odier, *op. cit.*, t. III. n° 1389.

(2) Toullier, XIV, nos 218-219 ; — Aubry et Rau, V, § 537 ; — Rodière et Pont, I, n° 620 ; — Guillouard, II, n° 546 ; — Cass. Civ., 17 février 1886. S. 86. 4. 161 ; — Cass. Civ., 26 janvier 1887. S. 90. I. 293 ; — Pau, 27 juillet 1885. S. 87. 2. 84.

le fait de la licitation. Sous tous les régimes le retrait d'indivision doit pouvoir être exercée par la femme parce qu'il est toujours à craindre que le mari n'abuse de l'autorité qu'il a sur sa femme et qu'il ne l'empêche d'acquérir les parts de ses copropriétaires afin de réaliser pour son compte personnel un marché avantageux. Pourquoi les dangers étant les mêmes, la femme dotale ou séparée de biens serait-elle moins protégée que la femme commune? En faveur de l'extension du privilège de l'article 1408, 2^o alinéa, à tous les régimes matrimoniaux nous pouvons invoquer la maxime : *ubi eadem ratio, ibi idem jus*. Seule la femme séparée de corps doit être privée du bénéfice du retrait d'indivision lorsque l'acquisition du mari est postérieure au jugement de séparation de corps, parce que depuis la loi du 6 février 1893 elle a le plein exercice de sa capacité civile.

Dans l'opinion contraire à celle que nous soutenons on ne conteste pas qu'il y aurait de bonnes raisons pour faire consacrer législativement cette extension, mais, dans l'état actuel de notre législation, on la juge illégale (1). Nous estimons qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des raisons de texte invoquées pour restreindre l'étendue d'application du retrait d'indivision. Considérer ainsi séparément les motifs d'une disposition et le texte de la loi pour en restreindre l'application c'est, selon nous, employer un mauvais procédé pour arriver à une exacte explication des dispositions de la loi. Sans doute toute disposition créant un droit exceptionnel, comme le retrait d'indivision, doit être interprétée restrictivement, mais cette interprétation rigoureuse ne doit pas en fausser l'économie et par suite

(1) Delom de Mézerac, Thèse, Paris, 1886.

l'application, L'interprétation restrictive doit être suivie lorsqu'il s'agit de déterminer les effets du retrait d'indivision bien plus que lorsqu'on en recherche les cas d'application.

L'extension du retrait d'indivision à tous les régimes matrimoniaux est légitime parce que cette institution fait partie d'un ensemble de mesures de protection que la loi a instituées en faveur de la femme. La fortune de celle-ci, livrée sans contrôle et sans protection à son conjoint doit-être garantie contre les abus de pouvoir du mari ; sous tous les régimes ces abus pouvant exister, les mêmes mesures de protection doivent être accordées à la femme en tant qu'elle est mariée et par suite incapable de contrecarrer les pouvoirs du mari. De même que l'hypothèque légale garantit les créances de toute femme mariée, de même que la séparation de biens peut être demandée, quelque soit le régime matrimonial des époux, lorsque la restitution de la dot et son administration sont compromises, de même le retrait d'indivision doit-être accordé à la femme sous tous les régimes pour se préserver contre tout acte du mari tendant à la dépouiller de ses droits et de ses espérances de copropriétaire. Toutes ces mesures de protection auxquelles la femme peut d'ailleurs renoncer, doivent se trouver à sa disposition toutes les fois qu'elle peut en avoir un légitime besoin ; or, nous avons montré que sous tous les régimes matrimoniaux, la femme a intérêt à pouvoir exercer le retrait d'indivision.

D'ailleurs refuser de reconnaître la légitimité de l'extension de cette institution c'est non seulement méconnaître les motifs qui l'ait fait établir, c'est de plus se mettre en contradiction avec les données de l'histoire du

droit. Nous avons vu que le retrait d'indivision a pris naissance dans le droit romain qui ne connaissait pas le régime de communauté et que les pays coutumiers l'ont emprunté aux pays de droit écrit où le régime dotal régnait en maître absolu : « Un argument historique d'une grande puissance, complété par un argument déduit de la manière dont ont été rédigés les textes relatifs au régime dotal, semble, disent MM. Le Courtois et Surville, avoir assuré l'extension de l'article 1408, 2^e alinéa. C'est en effet à Rome, en faveur de la femme dotale, qu'est née l'institution que nous étudions ; elle s'est développée dans l'ancien droit écrit aussi bien que dans le droit coutumier. D'autre part, nous savons que le régime dotal, d'abord condamné par les rédacteurs du Code civil, n'obtint qu'au dernier moment des textes encore très insuffisants. Mais il est certain que le régime dotal dont nos législateurs votèrent le maintien est le régime dotal tel qu'il était pratiqué dans l'ancien droit français. Or, le retrait d'indivision en faisait partie » (1).

Cet argument n'a de valeur, il est vrai, que relativement au régime dotal ; mais, les motifs étant les mêmes sous tous les régimes, pour accorder à la femme le bénéfice du retrait d'indivision, nous ne voyons aucune raison sérieuse pour le refuser à la femme mariée sous le régime exclusif de la communauté et à la femme séparée de biens, lorsqu'elle n'est pas en même temps séparée de corps.

La doctrine, sauf de rares exceptions, admet que le retrait d'indivision doit être étendu à d'autres régimes que la communauté, mais cette extension est plus ou moins large suivant les auteurs.

(1) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n^o 449.

D'après les uns il faut faire une distinction entre les régimes suivant qu'ils concèdent ou non le droit d'administration des biens de la femme au mari et n'accorder l'exercice du retrait d'indivision que lorsque la part indivise appartenant à la femme, dans un immeuble, est soumise au pouvoir d'administration du mari; ainsi l'institution du retrait d'indivision serait étrangère au régime de séparation de biens et au régime dotal relativement aux biens paraphernaux ! « A l'égard des biens paraphernaux qui sont administrés par la femme, dit Dalloz, les intérêts des époux étant entièrement distincts et séparés, il n'y a plus, ce semble, le même motif de priver le mari, vis-à-vis de sa femme, du droit général qui appartient à toute personne d'acquérir pour soi-même » (1). MM. Rodière et Part approuvent cette distinction; ils refusent notamment l'exercice du retrait à propos d'un immeuble paraphernal à moins que la femme ne prouve qu'elle a donné mandat à son mari de faire l'acquisition pour elle (2), mais alors nous ne sommes plus dans l'hypothèse du retrait d'indivision. D'après cette théorie, la femme ne jouit du bénéfice de l'article 1408, 2^e alinéa, en dehors du cas de communauté, que sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal lorsque le mari s'est rendu acquéreur de l'immeuble en partie dotal.

Cette distinction est généralement repoussée. La doctrine et la jurisprudence en général admettent l'extension du retrait d'indivision à tous les régimes matrimoniaux, sans se préoccuper de la question de savoir si le mari a ou n'a pas l'administration des biens de sa femme. Ainsi

(1) Dalloz, J. Gen., *Contrat de Mariage*, n° 833.

(2) Rodière et Pont, t. III, nos 1933 et 1977.

l'a jugé la Cour de Lyon. « Quoique placé au titre de la communauté, qu'il régit en ce point, en soumettant la femme qui exerce le retrait à une indemnité, dit l'arrêt de cette Cour, en parlant de l'article 1408, 2^e alinéa, il n'en est pas moins applicable à tous les régimes, dotal et paraphernal; en l'inscrivant au Code, c'est l'intérêt des femmes en général que le législateur a eu en vue, et non celui de la femme commune seulement; il ne remplirait en effet que bien imparfaitement son objet, si parce que ce droit de retrait se trouve sous la rubrique de la communauté il devait s'y renfermer exclusivement. Ne serait-il pas d'ailleurs bien étrange qu'une disposition, qui du droit romain a passé dans un pays de droit écrit où le régime dotal était seul connu, n'eût précisément aucun effet sous ce régime et fût uniquement applicable à celui de communauté ? » (1)

L'extension du retrait d'indivision au régime dotal soulève quelques difficultés.

Une femme mariée sous le régime dotal peut exercer le retrait d'indivision, c'est-à-dire qu'il lui est permis de prendre pour son compte le marché conclu par son mari en son nom personnel, avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens : elle n'a pas à attendre un événement lui rendant soit sa capacité civile, soit l'administration de ses biens dotaux, car le terme imposé par quelques

(1) Lyon. 20 juillet 1843, *Journal des Audiences*, 1844. 2. 197. En ce sens, Aubry et Rau, V, § 537 *bis*, p. 595; — Tessier, *De la Dot*, p. 281; — Liégeard, *op. cit.*, p. 112; — Le Courtois et Surville, t. III. n° 1533; — Limoges, 23 déc. 1840. S. 41. 2. 426; — Pau, 27 juillet 1885. S. 87. 2. 84; — Trib. de Gaillac, 19 déc. 1882, sous Cass., 26 janvier 1887. S. 90. 4. 293. D. 87. 4. 275.

auteurs à la femme commune est étranger à l'exercice du retrait d'indivision dans le régime dotal (1).

Mais une femme dotale peut-elle pendant le mariage renoncer à l'exercice de son droit d'option, c'est-à-dire abandonner définitivement à son mari l'immeuble grevé de retrait ? La Cour de Cassation lui reconnaît ce droit à condition que son contrat de mariage lui permette d'aliéner ses biens dotaux (2). Dans ce cas, une telle renonciation lui est permise parce qu'elle est moins grave que l'aliénation d'un bien dotal : elle laisse intacte la fortune de la femme. La Cour de Cassation considère comme valable la renonciation tacite résultant du concours de la femme dotale à la vente faite par le mari. Cette solution est favorable aux intérêts des tiers qui contractent avec le mari. Si au contraire on refusait à la femme dotale le droit de renoncer pendant le mariage au retrait d'indivision, tous les droits constitués par le mari seraient menacés de résolution, alors même que la femme aurait consenti à leur constitution. L'autorisation d'aliéner les biens dotaux doit emporter pour la femme le droit de renoncer au bénéfice de l'article 1408, 2^e alinéa.

Lorsque la femme renonce au droit d'exercer le retrait, le mari garde définitivement la propriété de l'immeuble qui était auparavant affecté d'une condition résolutoire.

L'exercice du retrait soulève une difficulté relativement à la nature juridique de l'immeuble retrayé. La solution en est facile si la part de la femme constituait, pendant l'indivision, un bien paraphernal ; la femme reprend à titre paraphernal l'immeuble adjudgé au mari ou les por-

(1) Aubry et Rau, V. § 537, p. 596.

(2) Cass. Civ., 26 janvier 1887, précité.

tions par lui acquises. La question devient au contraire difficile lorsque cette part était dotale : quel est l'effet du retrait en ce qui concerne la dotalité ?

Nous avons rejeté, au sujet des effets du retrait d'indivision, l'application de l'article 883, C. civ. à l'égard de la femme commune ; nous la repoussons également sous le régime dotal ; car la femme en prenant pour son compte le marché conclu entre son mari et ses copropriétaires n'agit pas en qualité de copartageante ; le contrat initial n'est pas modifié, il reste une vente. Il en résulte qu'on ne peut invoquer l'effet déclaratif du partage pour attribuer la qualité de bien dotal à l'immeuble retrayé.

Deux hypothèses doivent être envisagées séparément suivant que le mari avait acquis sur licitation la totalité de l'immeuble ou qu'il n'avait acheté que des portions indivises.

Aux termes de l'article 1558, 6^e al. C. civ., l'immeuble dotal peut être aliéné lorsqu'il est indivis avec des tiers et qu'il est reconnu impartageable ; en se rendant adjudicataire, le mari devient valablement propriétaire de cet immeuble dont sa femme possédait une part indivise, malgré la prohibition de la vente entre époux édictée par l'article 1593, C. civ., dont la disposition est dans ce cas inapplicable. Lors de la licitation le droit de la femme s'est transporté sur une portion du prix dont l'article 1558, dernier alinéa, prescrit l'emploi. La dotalité qui frappait cet immeuble du chef de la femme a disparu par le fait de la licitation et elle ne saurait renaître par suite du retrait. La femme reprend cet immeuble à titre de paraphernal (1).

(1) En sens contraire, Tessier, *De la Dot*, n^o 54, p. 283.

Dans l'hypothèse où le mari n'a acquis que les portions des copropriétaires de sa femme, la part de celle-ci est restée dotale et elle conserve cette qualité après que le retrait a été exercé sur les autres portions. Mais quelle est le caractère du surplus de l'immeuble ? Nous estimons qu'il doit être considéré comme paraphernal, parce que la femme n'a pas pu par son fait, en exerçant le retrait, augmenter l'étendue de sa constitution de dot. Les nouvelles portions acquises par l'exercice du retrait d'indivision n'étant pas dotales peuvent être aliénées par la femme valablement autorisée (1).

(1) En sens contraire, Liégeard, *op. cit.*, p. 112. — Les diverses théories que nous avons exposées à propos de la constitution en dot d'une part indivise dans un immeuble, pages 170 et suiv., doivent trouver ici leur application.

Vu :

Le Président de la thèse.

Vu :

SALEILLES.

Le Doyen,

GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I^{er}.

De l'indivision et du droit de copropriété.

Section I.

	Pages
I. — Définition et sources principales de l'indivision	1
II. — Nature de l'indivision.	3
III. Différence entre l'indivision et la Société	6

Section II.

I. Du droit de copropriété.	10
II. — Droits des copropriétaires sur les biens indivis.	12
III. — Inconvénients de la copropriété à divers points de vue	15

CHAPITRE II.

Du partage et de ses effets 49

I. — Transformation opérée par le partage	20
II. — Divers procédés employés pour sortir de l'indivision et leurs effets.	21
A. — Partage en nature	21
B. — Licitatlon.	28
C. — Partage avec soulte	33

CHAPITRE III.

	Pages
Du droit de copropriété sous les divers régimes matrimoniaux.	36
I. — Sous les régimes de séparation de biens et d'exclusion de communauté	37
II. — Observation relative au droit de copropriété sous les autres régimes	38

CHAPITRE IV.

Caractère du partage dans l'histoire du droit et étendue d'application de l'article 883. Code civil.

Section I.

A Rome.	43
-----------------	----

Section II.

Ancien Droit	47
A. — Pays de Coutume	48
B. — Pays de Droit écrit	69

Section III.

D'après le Code civil.	70
--------------------------------	----

Section IV.

Etendue d'application de la fiction contenue dans l'art. 883, C. civ	72
---	----

DEUXIÈME PARTIE

Du droit de copropriété sous le régime de la communauté légale.CHAPITRE I^{er}.

	Pages
Partage de biens indivis entre l'un des époux et des tiers.	83

Section I.

Partage antérieur au mariage.	84
---------------------------------------	----

Section II.

Partage d'une masse indivise au cours du mariage	88
I. — Masse indivise exclusivement mobilière	88
II. — Masse exclusivement immobilière.	90
III. — Masse composée de meubles et d'immeubles.	95
IV. — Avantages du système qui écarte l'application de l'article 883, C. civ.	124

CHAPITRE II.

Acquisition d'une part indivise.*Section I.*

Historique et caractère de la disposition de l'art. 1408, 1 ^{er} al. C. civil.	128
---	-----

Section II.

Conditions d'application de l'art. 1408, 1 ^{er} al.	136
--	-----

CHAPITRE III.

Droits dans une précédente communauté.

Pages

I. — Du droit de copropriété à raison de reprises et des récompenses	147
--	-----

CHAPITRE IV.

Droits dans une Société commerciale et dans une Société civile.

I. — Droits dans une Société commerciale.	161
II. — Droits dans une société civile	164

CHAPITRE V.

De la renonciation à un droit de copropriété	165
---	------------

TROISIÈME PARTIE

Du droit de copropriété sous le régime dotal.	169
--	------------

I. — Constitution en dot de la part indivise.	170
A. — Part indivise dans un immeuble.	170
B. — Part indivise dans une universalité de biens	177
II. — Constitution en dot des biens présents et des biens présents et à venir.	180
A. — Constitution en dot des biens présents.	180
B. — Constitution en dot de tous les biens présents et futurs	182
III. — Dissolution de la Société d'acquêts pendant le mariage.	183
IV. — Règlement d'une succession en partie dotale et en partie paraphernale échue à la femme.	187

QUATRIÈME PARTIE

	Pages
Retrait d'indivision	191
I. — Historique	192
II. — Condition du retrait	198
III. — Condition juridique de la part indivise acquise par le mari	204
IV. — Forme, époque et délai de l'exercice du droit d'option accordé à la femme	215
A. — Forme	215
B. — Époque	216
C. — C. Délai	225
V. — Par qui peut être exercé le droit d'option conféré par l'art. 1408, 2 ^e al	226
VI. — Effets du droit d'option exercé par la femme	229
A. — La femme abandonne l'immeuble à la communauté.	229
B. — Exercice du retrait d'indivision. — Nature de l'acte accompli par la femme. Diverses explications	235
1 ^{re} Conception. Ratification par la femme de l'acte passé entre le mari et les vendeurs	236
2 ^e Conception. Transmission nouvelle de propriété	239
3 ^e Conception. Substitution de la femme dans l'acte passé par le mari.	242
VII. — Du retrait d'indivision sous les régimes autres que la communauté légale.	249

Le Mans — Association Ouvrière (Mauboussin, Jobidon et Cie.) 5, rue du Porc-Epic
